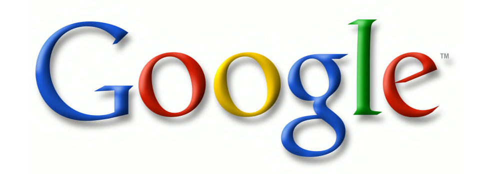



3 2044 103 198 511
HARVARD
LAW
RY
5

Germany

38

Klagrecht

und

Klagmöglichkeit.

Eine Auseinandersetzung über die Grundfragen des heutigen Civilprozefsrechts

von

Dr. Konrad Hellwig,
Geheimer Justizrat, Professor an der Universität Berlin.

Leipzig.
A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Nachf.
(Georg Böhme).
1905.

Inhaltsverzeichnis.

§ 1.

Einleitung (Stand der Frage).

I. Nur in geringem Maße gestattet der Staat dem Privaten, zum Schutze seiner verletzten oder gefährdeten privatrechtlichen Interessen eigenmächtig vorzugehen. Der verletzte oder gefährdete Private, der sich im Wege der Eigenmacht nicht helfen darf oder der sich nicht selbst helfen kann, weil ihm aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen die Mittel zur Befriedigung seines rechtlichen Interesses fehlen, hat die Hilfe der vom Staate eingesetzten Rechtspflegeorgane anzurufen. Die Grundsätze über den Inhalt des von ihnen zu gewährenden Rechtsschutzes, über die Voraussetzungen, unter denen er gewährt wird, und über die Form, in der er nachzusuchen und in der das Vorhandensein seiner Voraussetzungen dem Rechtspflegeorgan nachzuweisen ist, bestimmt das Civilprozeßrecht.

Der Staat gewährt den Rechtsschutz in der Form der autoritativen Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen von Rechtsverhältnissen, in der Form der Rechtsverwirklichung und durch provisorische Rechtssicherung.

Indem der Staat die Selbsthilfe ausschließt und die Voraussetzungen normiert, unter denen die Gerichte die eine oder andere Form des Rechtsschutzes zu gewähren haben, erkennt der Staat die Erteilung desselben als seine Pflicht an und verleiht demjenigen Privaten, bei dem das gesetzlich normierte Rechtsschutzbedürfnis im konkreten Falle vorhanden ist, das Recht, von dem Staate die Erfüllung der von ihm übernommenen Rechtsschutzpflicht zu verlangen. Diese „Berechti-

gung", „im Wege der Klage" ein bestimmtes Urteil „zu verlangen",[1]) im Wege des Vollstreckungsversuchs zu fordern, daß ein bestimmter Erfolg herbeigeführt werde usw., ist ein publizistisches Recht; es ist gerichtet gegen den Staat (und nur gegen ihn) und wohl zu unterscheiden von dem Privatrecht, um dessen willen Rechtsschutz nachzusuchen ist. Es ist auch nicht nur ein Ausfluß des Privatrechts; es steht einerseits nicht jedem privatrechtlich Berechtigten, anderseits nicht nur einem solchen zu.[2]) Vielmehr bestimmen sich die Voraussetzungen selbständig nach dem Prozeßrecht desjenigen Staates, nach dessen Rechtsschutzpflicht gefragt wird. Privatrecht und Prozeßrecht stehen in der engsten Beziehung zueinander. Sie ergänzen sich, aber das (vollwirksame) Privatrecht und das publizistische Recht auf Rechtsschutz bilden deshalb noch nicht eine Einheit, in der das letztere Recht und das Privatrecht gleichartige Bestandteile oder das Recht auf Rechtsschutz ein Zubehör des Privatrechts wären.

II. Die Theorie vom konkreten „publizistischen Klagrecht" als dem „Anspruch gegen den Staat auf Rechtsschutz" ist in den Grundzügen schon von Laband entwickelt.[3]) Ihren Gegensatz bildet 1. einerseits die alte gemeinrechtliche Auffassung, welche nur den römischen Normalfall der Klage auf Verurteilung (wegen einer fälligen Verpflichtung) in das Auge faßte, und das vollwirksame und unter gewissen Voraussetzungen prozessual verfolgbare Privatrecht und das Recht, wegen desselben zu klagen, identifizierte und die publizistische Natur des Klagrechts völlig verkannte,[3a]) 2. anderseits die von Degenkolb begründete Theorie

---

[1]) Diese Worte gebraucht CPO. § 323, vgl. unten § 5, III.

[2]) Man denke nur an die negative Feststellungsklage, an die prozessualen Widerspruchsklagen (u. § 9).

[3]) Das Staatsrecht des Deutschen Reichs. 4. Aufl. Band 3 (frühere Auflagen: Band 2) § 84 S. 349 ff (bes. S. 350 Note 1).

[3a]) Daß die Klagerfordernisse publizistischer Natur seien, ergab sich bereits aus Bülows berühmter Schrift, Lehre von den Prozeßeinreden und Prozeßvoraussetzungen (1868).

des publizistischen abstrakten Klagrechts, welches lediglich „durch eine vom Kläger behauptete Rechtsgenußverkümmerung“ bedingt sein soll und sich darstellt: gegenüber dem Beklagten als „Anwartschaft auf judicium“, gegenüber dem Gericht als „Anwartschaft auf Urteil“.[4])

Die Theorie des konkreten publizistischen Klagrechts gewann schon unter der Herrschaft des alten Rechts eine immer größere Schar von Anhängern, nachdem ihr durch Wach[5]) eine eingehende Begründung und Rechtfertigung zuteil geworden war. Der Sieg der richtigen Auffassung war bisher wesentlich erschwert dadurch, daß die CPO. in ihrer alten Gestalt die Lehre von der Klagbarkeit als zum sog. bürgerlichen Recht gehörig betrachtete und ihre Regelung ebenso wie die mit ihr zusammenhängende Lehre von der Rechtskraft im wesentlichen dem Landesrecht überließ. Dies hat sich jetzt geändert, und auf dem festen Boden, den wir jetzt unter den Füßen haben, hat die Theorie vom Rechtsschutzanspruch immer mehr Anhänger gewonnen.[6])

---

[4]) Degenkolb, Entlassungszwang und Urteilsnorm (1877). Im gleichen Sinne Plósz, Beiträge zur Theorie des Klagerechts (1880) und Sohm, Grünhuts Z. 4, 467 fg. Über weitere Anhänger dieses formalen, abstrakten Klagrechts referiert Langheineken, Urteilsanspruch S. 4 fg.

[5]) Vgl. Wach, Handbuch (1885) 1 § 2 und ganz besonders im Feststellungsanspruch (1888) S. 15 fg. Wach nimmt an, daß der Rechtsschutzanspruch sowohl gegen den Staat als gegen den Beklagten gerichtet ist, während Laband, Planck, Seuffert, Stein, Langheineken und ich in ihm nur ein Recht gegen den Staat erblicken. Vgl. darüber u. S. 20[8], 47[7].

[6]) Ich führe an: Planck, Lehrbuch des D. Civilprozeßrechts Bd. 2 S. 4 fg. (er unterscheidet noch einen civilrechtlichen Begriff des Klagrechts als des „gerichtlich im Wege des Angriffs erzwingbaren Rechts auf eine gewisse privatrechtliche Leistung“ und das Klagrecht im publizistischen Sinne als des Rechts des Klägers „gegen das Gericht auf Zwang des Beklagten zur Einlassung (?) und demnächst auf Verurteilung zu der geforderten privatrechtlichen Leistung“. Ferner Schmidt, Lehrb. § 4 und „Privatrecht und Prozeßrecht“ (Freiburger Programm 1903, auch umgearbeitet in „Freiburger Abhandlungen“ Heft 2, 1904), Kipp bei Windscheid 1 § 122 Note 6,

III. Neuerdings steht der Begriff des Rechtsschutzanspruchs und besonders seiner einen Erscheinungsform: des Klagrechts, wieder im Vordergrunde der literarischen Diskussion. Nachdem bereits das Schmidt'sche Lehrbuch Bülow veranlaßt hatte, sich gegen den Rechtsschutzanspruch zu erklären,[7]) hat der von mir in meinem Lehrbuch des Civilprozeßrechts unternommene Versuch, das System auf der Theorie des Rechtsschutzanspruchs aufzubauen und eine eingehende Darstellung der prozessualen und materiellrechtlichen Voraussetzungen des Klagrechts zu geben, eine sehr eingehende und scharfe Bekämpfung aus Bülows Feder hervorgerufen.[8])

Hierauf hat bereits Wach[9]) erwidert und fast gleichzeitig

Langheineken, Urteilsanspruch (1899) und Anspruch und Einrede (1903), Stein, Urkundenprozeß 45 fg., in Birkmeyers Enzyklopädie „Civilprozeßrecht" § 4, im Gaupp-Stein'schen Kommentar Vorbem. vor § 253 und in „Voraussetzungen des Rechtsschutzes" (1903), v. Schrutka in Grünhuts Z. f. öff. R. 16 S. 117 und im Juristischen Literaturblatt vom 15. Sept. 1903 Nr. 147, Seuffert Bem. 1 zu § 253 CPO., Hellwig, Anspruch und Klagrecht (1900) § 22 und Lehrbuch des Civilprozeßrechts 1 § 22 ff., Endemann, Lehrbuch des BR. 1 § 86, Zitelmann, Allg. Teil S. 24, Siber, Rechtszwang im Schuldverhältnis (1903) S. 70 fg., Engelmann ZZP. 32, S. 64. Als Anhänger Wachs bekennt sich Skedl, Österreichischer Civilprozeß (1900), dessen erster Band die einschlägigen Fragen allerdings noch nicht behandelt, ferner Pollak, Das österreichische Civilprozeßrecht (1903) 1 § 1 fg. (wo weitere Angaben über den Standpunkt der österreichischen Prozessualisten zu finden sind). — Auch Hölder stand früher dieser Ansicht nahe, vgl. Pandekten 1, 323 fg., 332 fg., Krit. V.Schr. 32, 357 fg. Neuerdings betont er immer mehr die privatrechtliche Natur des Klagrechts, vgl. ZZP. 29 S. 50 fg., das Klagrecht (Leipziger Programm 1903), überarbeitet auch in Jahrb. f. Dogm. 46 S. 265 fg.

[7]) Buschs ZZP. 27 S. 213 fg. Aus der früheren Zeit erwähne ich als Hauptgegner: Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis S. 13 fg. und oft, Forschungen S. 71, Ges. Beiträge S. 33 fg., Fischer, ZZP. 10 S. 427 fg., Recht und Rechtsschutz S. 73 fg.

[8]) ZZP. 31 S. 191 fg., auch separat unter dem Titel: Klage und Urteil (1903).

[9]) ZZP. 32, 1 fg.

verteidigte v. Schrutka[10]) die Richtigkeit der Rechtsschutzanspruchstheorie gegen die von Bülow erhobenen Einwendungen. Er wies namentlich nach, daß eine Reihe von Einwendungen, die Bülow speziell gegen meine Ausgestaltung der Lehre erhoben hat, unrichtig sind und zum Teil einfach auf Mißverständnissen beruhen.

Ich hatte ursprünglich die Absicht, erst in der Fortsetzung meines Lehrbuchs gelegentlich der Darstellung der Lehre vom Prozeßverhältnis auf die erhobenen Einwendungen einzugehen und zu zeigen, daß die Klagrechtstheorie mit der Theorie des Prozeßverhältnisses, deren Begründung Bülows unvergängliches Verdienst ist, nicht nur nicht in Widerspruch steht, sondern daß sie beide die Grundpfeiler sind, auf denen das System des Civilprozeßrechts aufzubauen ist. Wenn ich trotzdem jetzt in dem Streite das Wort nehme, so geschieht dies einmal deshalb, weil das Erscheinen jener Fortsetzung sich zu meinem lebhaften Bedauern nicht so schnell ermöglichen läßt, als ich ursprünglich gehofft hatte. Sodann aber aus dem anderen Grunde, daß neuestens unsere Theorie von verschiedenen Seiten in einer Weise bekämpft worden ist, die zu einer längeren Auseinandersetzung nötigt, als sie im Rahmen des Lehrbuchs gegeben werden kann.

Als einen Gegner des Rechtsschutzanspruchs bekennt sich Weismann in seinem Lehrbuch.[11]) Er hält seine Ablehnung eines gegen das G e r i c h t gerichteten Rechtsschutzanspruchs aufrecht und verteidigt eine „materielle Klagbefugnis“, die sich nur gegen den Beklagten richtet und zum Inhalte die Befugnis

---

[10]) Deutsches Literaturblatt vom 15/9. 1903 Nr. 147. Vgl. auch schon in Grünhuts Z. 16, 617 fg.

[11]) Band 1, bes. 67 fg. Kohler ZZP. 33 S. 233 begrüßt die Gegnerschaft Weismanns mit besonderer Freude, weil er „früher einer der eifrigsten Verfechter der Wach'schen Richtung gewesen“ sei. Man sollte hiernach annehmen, daß Weismann den Standpunkt, den er in seiner vor Wachs Handbuch erschienenen Schrift (Hauptintervention, 1884) einnahm, wesentlich geändert habe. Das ist aber keineswegs der Fall, vgl. Weismann S. 69 Note 10.

hat, „die Verurteilung des Beklagten, die den Beklagten bindende Feststellung zu erwirken".[12])

Schlimmer als bei diesem Gegner, in dessen Ausführungen wir einen Rückfall in die alte gemeinrechtliche Lehre vom materiellen Klagrecht sehen, ergeht es der Rechtsschutzanspruchstheorie in anderen Entgegnungen.

Schon bei Bülow finden wir die Erscheinung, daß gar manches seiner Argumente sich nicht gegen die von uns vertretene Theorie wendet, sondern insofern gegen Windmühlen kämpft, als er unser konkretes Klagrecht mit der abstrakten Klagmöglichkeit verwechselt.[13]) Sehen wir hier schon, wie die Theorie das merkwürdige Mißgeschick hat, daß ihr wahrer Inhalt fortwährend verkannt wird, so gilt dies ganz besonders von Kohler, der in mehreren Arbeiten seine alte Gegnerschaft aufrecht erhält,[14]) und von Kleinfellers Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts.[14a])

Schon von anderer Seite ist mit Recht bemerkt worden, daß die Polemik, die Kohler in seinem Prozeß als Rechtsverhältnis gibt, zwar gegen Wach gerichtet ist, aber nur Gründe gegen die Lehre vom abstrakten Klagrecht bringt. Jetzt sagt

---

[12]) Vgl. Weismann a. a. O. S. 67, 69.

[13]) Zum Beweise führe ich schon hier z. B. an, daß er ZZP. 31 S. 258 Note 4 a. E. behauptet, die von ihm bekämpfte Theorie „stelle einen aus materiellrechtlichen und prozeßrechtlichen Elementen zusammengesetzten einheitlichen Prozeßbegriff als Vorbedingung des Prozesses (!) und der Gerichtsentscheidung (!) hin." (Nein! das Klagrecht ist nicht Bedingung des Prozesses, sondern des Sieges im Prozesse, vgl. u. § 7, 9.) Angesichts dieser ganz falschen Vorstellung ist es denn nicht zu verwundern, daß Bülow meint, „nach unserer Ansicht müßten die unzähligen Prozesse, in denen sich herausstellt, daß dem Kläger kein Rechtsschutzanspruch zur Seite stehe, gänzlich ins Leere fallen" (S. 258).

[14]) Holtzendorffs Enzyklopädie 2, 54, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1, 215 fg., ZZP. 33, 211 fg.

[14a]) Ein weiterer Gegner ist Chiovenda, Saggi di diritto processuale civile. Bologna 1904. I S. 71 fg.

Kohler,[15]) man habe oft verkehrterweise behauptet, daß er den konkreten und den abstrakten Rechtsschutzanspruch verwechsele. Aber ich behaupte und werde beweisen, daß dies auch jetzt noch der Fall ist. Ich habe vorgeschlagen, die Voraussetzungen erfolgreicher Klage als Klagvoraussetzung zu bezeichnen.[16]) Trotzdem „widerlegt" Kohler [16a]) meine Lehre mit folgender Ausführung: „Daß ein rechtliches Interesse gegeben sein muß, hat man[17]) als Klagvoraussetzung bezeichnet. Dies ist unrichtig. Die Feststellungsklage ist auch ohne dieses Interesse vollgültig erhoben; sie führt nur nicht zu einem günstigen Urteil." Ist auch hier nicht der Anspruch auf Entscheidung (Antwort) und der Anspruch auf günstige Entscheidung verwechselt? [18])

Schon nach dieser Probe kann man einerseits ermessen, wie zuverlässig das Bild, das der nicht aus eigener Lektüre besser orientierte Leser aus der Kohler'schen „Widerlegung" von dem Rechtsschutzanspruch erhalten muß, sein kann; anderseits aber ist es schon hiernach klar, daß die „Widerlegung" nicht dasjenige widerlegt, was wir lehren.[19])

---

[15]) ZZP. 33, 220.

[16]) Lehrbuch § 22.

[16a]) Enzyklopädie II S. 107.

[17]) Daran, daß Kohler in dieser Weise, also ohne jede Möglichkeit der Kontrolle, fremde Meinungen anführt, ist man nachgerade gewöhnt.

[18]) Man vgl. auch Lehrbuch 1, 215/6. Dort führt Kohler aus, die Möglichkeit jeder Persönlichkeit, eine andere vor Gericht zu ziehen, sei eine Befugnis der Persönlichkeit kraft der Friedensordnung. „Sie ist nicht ein Recht, nicht ein Anspruch. Man kann daher (!) von einem Klagrecht nicht sprechen."

[19]) Gleich hier gebe ich noch einen weiteren Beleg. Bülow meint ZZP. 31 S. 261 im Texte, wir müßten der Theorie vom vorprozessualen Verurteilungsanspruch eine ebenso vollwichtige Theorie vom vorprozessualen Freisprechungsanspruch des Beklagten gegenüberstellen. Kohler ZZP. 33 wiederholt S. 212 das oben Note 13 referierte Argument Bülows und sagt dann S. 216, Bülow habe schon darauf aufmerksam gemacht, wir müßten auch einen Anspruch auf Klagzurückweisung annehmen. Hätte Kohler auch die Note 5 bei Bülow ZZP. 31 S. 261 gelesen, so hätte er wenigstens aus zweiter Hand ent-

In dem neuesten Lehrbuch des Civilprozesses von Kleinfeller (1905) findet sich dieselbe Verwechselung und Vermengung des sog. abstrakten Klagrechts (der jedermann zustehenden Möglichkeit, vor Gericht durch Klagerhebung eine Rechtsbehauptung zur Entscheidung zu stellen) und des von bestimmten gesetzlichen Voraussetzungen abhängigen und mit diesem gegebenen konkreten Klagrechts (des Rechtsschutzanspruchs auf Verurteilung usw.). Kleinfeller unterscheidet a) das „publizistische Klagrecht im formellen Sinne“, b) das „publizistische Klagrecht im materiellen Sinn“, c) das „Klagrecht im Sinne des bürgerlichen Rechts“ (S. 262/3). Unter dem ersten (a) versteht er die abstrakte Klagmöglichkeit; das dritte (c) charakterisiert er durch die Worte: Es sei „kein selbständiges Recht, sondern nur eine besondere Lebensäußerung des materiellen Rechts in der Richtung gegen den zu Beklagenden. Man gebraucht den Ausdruck im Sinne des bürgerlich-rechtlichen Anspruchs, ähnlich der actio des römischen Rechts.“ Das „publizistische Klagrecht im materiellen Sinne“ (b) soll der „von Wach in die Wissenschaft eingeführte Rechtsschutzanspruch“ sein. Aber was versteht Kleinfeller darunter? A. a. O. (S. 262 I 1, b) finden sich die Worte: „Der Anspruch fordert die öffentlich-rechtliche Leistung von Rechtsschutz durch den Staat und setzt eine materielle Begründung durch das Interesse am Fortbestande der vorhandenen Rechtslage voraus“.[20]) Ich habe mich vergebens gefragt, ob dies eine Erläuterung dessen sein soll, was wir unter dem konkreten Rechtsschutzanspruch verstehen, oder eine Bekämpfung des Begriffs. Nach beiden Richtungen hin ist der Satz unverständlich. Liest man die Stelle nach, auf die Kleinfeller verweist: § 13 V (S. 46/8), so erhält man ebenfalls keine Aufklärung über das, was dieser neueste Bekämpfer unserer Lehre sich

---

nehmen können, daß wir in der Tat einen solchen Anspruch annehmen und, wie ich unten § 7 zeigen werde, mit vollem Recht annehmen.

[20]) Auch die Klage auf Verurteilung? Auf Ehescheidung?

unter dem citierten Satze gedacht hat. Aber das wird wenigstens klar, daß Kleinfeller von dem Inhalt unserer Lehre eine ganz merkwürdige Vorstellung hat. Denn um seinen Lesern ein Bild von dem „von Wach verteidigten Rechtsschutzanspruch" zu geben, bezeichnet er ihn als einen „**jedem** (!) Untertan (!) außerhalb des Prozeßverhältnisses zustehenden Rechtsschutzanspruch". Obgleich es schon tausendfach gesagt ist, daß unser Rechtsschutzanspruch nicht jedermann, sondern nur dem zusteht, in dessen Person die vom Staat geforderten Rechtsschutzvoraussetzungen vorhanden sind, führt Kleinfeller als Grund gegen den Begriff an, daß das Prozeßgesetz „in einer großen Zahl von Fällen die Vollstreckung versage",[21]) und er meint, diese Versagung der Vollstreckung sei mit dem angeblichen Rechtsschutzanspruch des Untertanen ebenso unvereinbar, wie die Versagung der Vollstreckung, also des wirksamsten Rechtsschutzmittels, wegen tatsächlicher Unmöglichkeit." [22])

Wenn man solche „Widerlegungen" der Rechtsschutzanspruchstheorie noch in neuester Zeit von dem Verfasser

[21]) Dann fehlen eben die Rechtsschutzvoraussetzungen und der von ihnen abhängige Anspruch auf Rechtsschutz (durch Vollstreckung)!

[22]) Kleinfeller verweist a. a. O. (S. 48) auf § 7, II. Auch dort habe ich keine weitere Belehrung finden können. — Um später auf die Kleinfeller'schen Ausführungen nicht noch einmal zurückkommen zu müssen, führe ich nach folgenden bezeichnenden Satz an. In § 13 a. E. (S. 48) sagt Kleinfeller. „Den Anspruch auf gerechtes Urteil haben beide Parteien; Anspruch auf Rechtsschutz, d. h. auf günstiges Urteil, haben nicht notwendig beide Parteien." Nicht nur nicht notwendig, sondern niemals! Nur eine von beiden Parteien hat recht. Das stellt die Verhandlung heraus: entweder erscheint die Klage begründet (also der vom Kläger behauptete Rechtsschutzanspruch als vorhanden) oder als unbegründet. (Dann ist der Rechtsschutzanspruch des Beklagten gegeben.) Das ist unsere Meinung, aber niemandem von uns ist die von Kleinfeller zurückgewiesene Behauptung je eingefallen, „daß beide Parteien im konkreten Falle Anspruch auf Rechtsschutz haben." Aus dieser Bemerkung geht wieder mit erschreckender Deutlichkeit hervor, daß Kleinfeller sich in den Unterschied der Antwortspflicht und der Rechtsschutzpflicht nicht hineindenken kann. Jene besteht gegenüber beiden Parteien, letztere nur derjenigen gegenüber, die im Rechte ist.

eines Lehrbuchs und von einem monographisch uns bekämpfenden Autor liest, so könnte man fast die Hoffnung verlieren, daß es je gelingen werde, den Unterschied von Klagmöglichkeit und Klagrecht klar zu machen.[23]) Trotzdem soll nochmals dieser Versuch gemacht und in Verbindung damit die Darlegung gegeben werden, daß die vermeintlich tödlichen „Hiebe" der Gegner nichts anderes als Lufthiebe sind. Zugleich wird sich die Gelegenheit bieten, die Fruchtbarkeit des Begriffs des Anspruchs auf Rechtsschutz positiv darzulegen und zu zeigen, wie die allseitige und konsequente Durchführung der Theorie des Rechtsschutzanspruchs in Verbindung mit der Verwertung des richtig gefaßten Begriffs des Prozeßverhältnisses gerade zu der „Befreiung des Prozesses aus den Fesseln des Civilrechts" führt.[24])

IV. Im Civilprozeß übt der Staat die Rechtspflege in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Solche setzen voraus, daß

---

[23]) Gelegentlich bemerke ich, daß sich auch bei Schott, Das Gewähren des Rechtsschutzes im röm. Civilprozeß S. 143/5 die gerügte Verwechselung findet. Dies zeigt deutlich seine Polemik gegen Wach, Handbuch 1, S. 26/7. Wach unterscheidet dort sehr scharf Zulassen des Rechtsschutzanspruchs (dare actionem) und Bejahen desselben. Die Zulassung ist ihm „Eröffnung des Rechtswegs", also des Verfahrens, in welchem erst über die Klage entschieden werden soll. Trotzdem meint Schott, Wach übertrage hiermit seinen Rechtsschutzanspruch auf den römischen Prozeß. Unter Mißverstehung von Wachs Lehre kämpft er (S. 144/5) gegen den Satz, daß der Rechtsschutz schon in dem Gewähren der Formel liege, und stellt den Satz auf, daß der Rechtsschutz schon in dem audire durch den Prätor liege, während doch Wach unter Gewähren des Rechtsschutzes etwas ganz anderes versteht, nämlich (bei der Klage auf Verurteilung) die Verurteilung des Beklagten.

[24]) Gerade umgekehrt meint Kohler ZZP. 33 S. 217, „der Rechtsschutzanspruch sei unrichtig, weil er das Prozeßrecht dem Zivilrecht dienstbar mache". Dabei geht er davon aus, unsere Lehre sei: „Wer ein Recht hat, soll einen Anspruch auf Rechtsschutz haben, und nur dieser"! Dieser Satz ist natürlich unrichtig, aber auch nicht unsere Lehre. Allerdings geht diese anderseits nicht soweit, daß wir, wie Kohler S. 218 von sich rühmt, sagen könnten: „Wir haben das Zivilrecht als wirkendes Element aus dem Prozeß hinausgetrieben".

vor dem Gerichte eine Rechtsbehauptung [25]) zu dem Zwecke aufgestellt wird, um den staatlichen Rechtsschutz in Beziehung auf das vom Angreifer behauptete oder (bei der negativen Feststellungsklage) negierte konkrete Rechtsverhältnis zu erlangen. Inhaltlich ist der Rechtsschutz entweder die mit der ganzen Autorität der Staatsgewalt ergehende und deshalb bindende Entscheidung über das zur Aburteilung gestellte Rechtsverhältnis [26]) (also Rechtsdeklaration [27])), oder er ist die hiervon durchaus verschiedene Rechtsverwirklichung (Vollstreckung im weiteren Sinne), oder er ist provisorische Rechtssicherung (durch Arrest oder einstweilige Verfügung).

In allen diesen Fällen ist das gemeinsam, daß der Rechtsschutz nur gewährt wird,

1. wenn er verlangt ist (in der von dem Gesetz vorgeschriebenen Art und Weise),

2. wenn er mit Recht verlangt ist, d. h. wenn die gesetzlichen Voraussetzungen, von denen die Erteilung des begehrten Rechtsschutzes (z. B. der Verurteilung, der Pfändung, des Erlasses und der Vollziehung eines Arrestbefehls) abhängig gemacht ist, vorhanden sind, und

---

[25]) Der Anspruch im prozessualen Sinne, in dem auch das BGB. den Ausdruck verwendet, sobald es ihn mit Rücksicht auf die prozessuale Rechtsverfolgung gebraucht, vgl. BGB. § 1958 und besonders EG. zu BGB, Art. 6, 25[2]. Vgl. m. Lehrb. I S. 41/2, 150. Unrichtig neuerdings Kleinfeller S. 30 III, 264, der im Anspruch der §§ 253, 322 einen öffentlichrechtlichen Anspruch findet, der das Recht darstelle, von einem anderen (dem Gegner) ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Bei der negativen Feststellungsklage soll der Anspruch das Recht sein, „vom Beklagten die Duldung des Bestreitens zu verlangen"!

[26]) Ein solches (ein „Anspruch") muß immer zum Prozeßgegenstand gemacht worden.

[27]) Sie liegt auch darin, daß zu einer Leistung verurteilt wird. Aber diese Verurteilung ist nicht nur Deklaration, sondern sie schafft durch den ausgesprochenen Befehl den zur Vollstreckung erforderlichen Titel, es sei denn, daß die Vollstreckbarkeit durch besondere Vorschrift ausgeschlossen ist (CPO. § 888 II).

3. wenn dies dem angegangenen Rechtsschutzorgan dargetan und, soweit es erforderlich ist, in genügender Weise bewiesen wird.

Die erste Art der Voraussetzungen nenne ich die Prozeßvoraussetzungen, die zweite die Rechtsschutzvoraussetzungen. Der dritte Gesichtspunkt würde nicht in Betracht kommen, wenn wir allwissende Richter hätten, die in dem Augenblick der Anbringung eines behaupteten Rechtsschutzanspruchs sofort in der Lage wären, zu entscheiden, ob er begründet oder unbegründet ist.

Die Art der Fragen, deren Klarstellung hier versucht werden soll, ist in allen drei Fällen dieselbe. Sie werden gewöhnlich nur in Beziehung auf den Rechtsschutz durch Fällung eines Urteils gestellt. Wir wollen sie bezüglich aller drei Fälle behandeln und sparen die Beantwortung der Frage, welche Bedeutung der Rechtsschutzanspruch in Beziehung auf das Urteilsverfahren hat, deshalb bis zuletzt auf, weil die Rechtslage in den beiden anderen Fällen bedeutend einfacher und durchsichtiger ist.

Im voraus möge nur bemerkt werden, daß das heutige Prozeßrecht den Rechtsschutzanspruch in den drei Erscheinungsformen des Klagrechts (auf Verurteilung, bloße Feststellung oder Rechtsänderung), des Vollstreckungsrechts und des Rechts auf Rechtssicherung kennt. Faßt man diese drei Arten unter dem gemeinsamen Namen des Rechtsschutzanspruchs zusammen, so ist dieser zu definieren als **das prozessuale Recht gegen den Staat darauf, dafs er durch seine dazu berufenen Organe auf gehöriges Verlangen seine Entscheidungs- oder Zwangsgewalt zu Gunsten des Rechtsschutzberechtigten gegen den Gegner entfalte, um das Rechtsschutzbedürfnis des Antragsberechtigten zu befriedigen.**

---

§ 2.

I. Der Rechtsschutzanspruch auf Rechtssicherung (Arrestrecht).

I. Die Prozeßvoraussetzungen bestehen hier darin, daß das Arrestgesuch in der dem § 920 CPO. entsprechenden Form gestellt wird, daß es, falls der Arrestkläger prozeßunfähig ist, von seinem gesetzlichen Vertreter ausgeht und daß es an das zuständige Gericht (§ 919) gerichtet wird.

II. Rechtsschutzvoraussetzungen. Das Arrestgesuch kann natürlich jedermann stellen, und er kann dadurch die Pflicht des angegangenen Gerichts begründen, daß es einen Bescheid gibt. Damit das Gesuch begründet sei, ist erforderlich:

1. die Existenz einer zu sichernden Forderung (§ 916),
2. das Vorhandensein eines Arrestgrundes (§ 917/8).

Sind diese Voraussetzungen unserer Rechtsschutzart vorhanden, so sagt das Gesetz, daß „der Arrest stattfindet". Der Erlaß des Arrestbefehls ist nicht Sache des freien Beliebens, nicht Gewährung einer Gnade, sondern Erfüllung der in dem Gesetz statuierten staatlichen Pflicht. Auf ihre Erfüllung hat der Arrestkläger gegenüber dem Staat, der diese Verpflichtung auf sich genommen hat, dann ein Recht, wenn die Rechtslage der Beteiligten so gestaltet ist, daß die Arrestvoraussetzungen in concreto erfüllt sind. Durch Nachsuchung des Arrestes begründet der Arrestkläger nicht erst die staatliche Sicherungspflicht, sondern er macht die bereits bestehende gegenüber dem konkreten Rechtsschutzorgan geltend und setzt dadurch den Staat in die Lage, durch sein Organ seiner Pflicht nachzukommen.

Die Voraussetzungen dieses Arrestrechts bestimmen sich teils nach dem materiellen Recht, auf welches die Prozeßordnung (§ 916) Bezug nimmt, teils direkt nach dem Prozeßrecht. Trotzdem ist es ein rein prozessuales Recht (nicht etwa

ein Ausfluß der zu sichernden Forderung) und wohl zu unterscheiden von einem materiell-rechtlichen Anspruch auf Sicherheitsleistung (BGB. § 232, 1051, 843^{II}).

Als prozessuales Recht richtet es sich gegen den Staat: bei diesem wird es geltend gemacht durch ein an ihn gerichtetes Rechtsschutzgesuch.[1]) Dieses verlangt von dem Gegner nichts; es verlangt die Staatshilfe (durch Erlaß des Arrestbefehls); daß der Gegner diese dulden muß, ist nicht die Folge eines dem Gläubiger gegen ihn zustehenden Rechtes, sondern lediglich der Ausdruck dessen, daß er der Staatsgewalt unterworfen ist.

III. Das Arrestrecht besteht nur, wenn die Arrestvoraussetzungen erfüllt sind. Aber die CPO. eröffnet dem Arrestkläger die Möglichkeit, durch bloße Glaubhaftmachung der Voraussetzungen oder durch Sicherheitsleistung den Arrestbefehl zu erlangen (§ 921). Dies tut er auf seine eigene Gefahr. Ergibt sich, daß die „Anordnung des Arrestes ungerechtfertigt war", oder m. a. W.: daß der Arrestkläger das Arrestrecht nicht hatte, so haftet er schlechthin [2]) auf Schadensersatz, wenn er von jener Möglichkeit Gebrauch machte und durch die Ausübung des ihm durch den Arrestbefehl verliehenen Rechts, die Vollziehung des Arrests zu betreiben, den Gegner schädigte.

IV. Das Arrestrecht findet eine interessante Ergänzung in dem Nothilferecht, welches das BGB. (§ 229) zum Zwecke der „Selbsthilfe" [3]) gewährt. Das Arrestrecht ist gegen den Staat

---

[1]) Bei der Klage wird diese Richtung des Rechtsschutzgesuchs dadurch verdunkelt, daß der Kläger die Zustellung des Rechtsschutzgesuchs (an den Beklagten) zu betreiben hat. Vgl. u. § 7.

[2]) CPO. § 945. Ein analoger Rechtssatz ist in §§ 717, 600, 302 enthalten. — Anders, wenn die Vollstreckung auf Grund erschöpfender Kognition gewährt worden ist, und im Falle des § 541. Hier ist ein Verschulden des „Gläubigers" erforderlich.

[3]) So die Überschrift vor § 226.




gerichtet; er verleiht es deshalb, weil er die Selbsthilfe in der Regel verbietet. Jenes Nothilferecht ist gegen den (zu einem Tun, Unterlassen oder Dulden verpflichteten) Privaten gerichtet. Es wird durch eine gegen ihn gerichtete Zwangshandlung ausgeübt. Die Voraussetzungen dieses Notrechts sind 1. ein Anspruch, 2. Gefährdung des Anspruchs, 3. die Unmöglichkeit, rechtzeitig Staatshilfe zu erlangen.

Inhaltlich ist dieses privatrechtliche Notrecht des § 229 keineswegs ein Recht zur Selbstbefriedigung. Denn stets muß, wenn eine Sache weggenommen oder der Verpflichtete festgenommen ist, sofort die Zwangsvollstreckung oder der Arrest erwirkt werden (BGB. § 230). Ist der Arrest eine provisorische Sicherung, so stellen jene Selbsthilfehandlungen also nur ein Provisorium des Provisoriums dar: der Selbsthilfe muß der Arrestbefehl und dessen Vollziehung nachfolgen, und dann erst folgt die Befriedigung des Berechtigten durch staatliche Vollstreckung.[4]) Auch hier haftet man schlechthin, wenn eine der Voraussetzungen fehlte.

Daß es sich hier um ein vom Gesetz verliehenes Recht handelt, ist, soviel ich sehe, noch von keiner Seite bestritten. Und das Arrestrecht sollte kein Recht sein? Die Befugnis, das Definitivum (hinsichtlich der Rechtssicherung) herbeizuführen, sollte rechtlich eine geringere Qualifikation haben, als die Befugnis, das Provisorium zu schaffen?

---

[4]) Vgl. m. Lehrb. Band I § 32, III. Wenn neuestens Kohler, Lehrb. des BR. I S. 229 behauptet, die Nothilfe leiste das, was Arrest zu leisten hätte, wenn Gerichtshilfe noch rechtzeitig erlangt werden könnte, so ist dies nicht richtig; mindestens ist es ungenau.

§ 3.

II. Das Vollstreckungsrecht (der Vollstreckungsanspruch).

Der Rechtsschutzanspruch in der uns hier beschäftigenden Erscheinungsform ist das publizistische, von bestimmten Voraussetzungen abhängige Recht, die Entfaltung der staatlichen Zwangsgewalt zwecks Realisierung einer Verpflichtung zu verlangen.[1])

I. Die Prozeßvoraussetzungen sind auch hier sehr einfach: Stellung des Antrags in der gehörigen Form (wozu auch Vorlage der Urkunden gehört), durch den prozeßfähigen „Gläubiger", bei dem örtlich und sachlich zuständigen Vollstreckungsorgan.

II. Rechtsschutzvoraussetzungen.

1. Auch hier ist es klar, daß jedermann bei einem Vollstreckungsorgan die Vollstreckung beantragen kann, ebenso sicher aber auch, daß sie nur dann stattzufinden hat, wenn der Antragsteller exekutionsberechtigt ist. Das ist er nur dann, wenn zu seinen Gunsten die im Prozeßgesetz normierten Voraussetzungen dieser Art des Rechtsschutzes vorhanden sind, zu denen vor allem der Vollstreckungstitel (in vollstreckbarer Ausfertigung) gehört.

2. Sind diese Voraussetzungen gegeben, so hat der Gläubiger das Vollstreckungsrecht (den Vollstreckungsanspruch).

III. Das Vollstreckungsrecht. Kraft des privatrechtlichen Anspruchs hat der Berechtigte nur das Recht, von

---

[1]) Im weiteren Sinne umfaßt die Vollstreckung auch die Realisierung eines Rechts auf Rechtsänderung, welche sich unmittelbar durch den Urteilsspruch vollzieht, ferner die Vollziehung derjenigen Anordnungen, welche durch gerichtliche Entscheidung getroffen werden, so z. B. zwecks Realisierung eines (prozessualen) Widerspruchsrechts (so z. B. Aufhebung von Vollstreckungsmaßregeln, CPO. § 771 mit § 769). Entscheidungen der letzteren Art können auch vorläufig vollstreckbar sein, arg. § 708 Nr. 5. Vgl. näher m. Lehrb. 1 § 9, III.

dem Verpflichteten die Erfüllung zu verlangen[2]) und dadurch die Rechtsfolgen herbeizuführen, welche sich hieran anknüpfen. Die Person des Verpflichteten wird durch die Existenz des Anspruchs[3]) der Herrschaft des auf die Leistung Berechtigten nicht unterworfen, noch weniger der zu leistende Gegenstand. Auch bei dringender Not hat er in dem Recht zur „Selbsthilfe" nicht das Recht zur Selbstbefriedigung. Wie bereits in § 2, IV dargelegt wurde, gestattet der § 229 BGB. nur solche Handlungen, die sich als provisorischen, durch alsbaldigen Arrestschlag zu legalisierenden Ersatz der staatlichen arrestatorischen Maßregeln darstellen, nicht aber ein Surrogat (auch nicht ein provisorisches!) des staatlichen Erfüllungszwangs sind. Das Recht auf diesen erlangt der Gläubiger erst gemäß der Prozeßordnung, also regelmäßig erst durch die vollstreckbare Verurteilung, daneben auch aus einer Reihe anderer Titel, wie z. B. aus dem gerichtlichen Vergleich, aus den vollstreckbaren Urkunden des § 794 Nr. 5 usw.

Dieses Vollstreckungsrecht besteht um des in der Verurteilung vorausgesetzten civilen Anspruchs, um der in dem Vergleich oder in der vollstreckbaren Urkunde bezeugten Forderung willen, ist aber mit diesem Privatrechte weder identisch, noch ist es eine Eigenschaft oder ein Ausfluß von ihm.

1. Der Inhalt dieses Vollstreckungsrechts ist, daß man die staatlichen Organe in Bewegung setzen kann, damit durch

---

[2]) So auch der Mieter. Ist ihm allerdings die gemietete Sache überlassen, so ist er Besitzer und kraft seines Besitzrechts hat er eine ganz andere Rechtsposition als der bloße Inhaber eines Anspruchs (nicht nur hinsichtlich des Besitzschutzes, sondern auch gegenüber dem neuen Eigentümer). Die Vermietung ist als Verpflichtungsübernahme keine Verfügung, wohl aber liegt eine solche in der Überlassung des Besitzes.

[3]) Anders in familienrechtlichen Verhältnissen. Der Vater oder der Vormund hat nicht etwa nur einen Anspruch auf Gehorsam, sondern ein unmittelbares Herrschaftsrecht über das Kind (BGB. § 1631). Aus der Verletzung dieses Rechts durch Dritte entspringen für den Vater und den Vormund (suo nomine) Ansprüche, die keine Herrschaft über den aus ihnen Verpflichteten begründen (BGB. §§ 1632, 1686, 1800).

die Entfaltung der staatlichen Machtmittel derjenige rechtliche oder tatsächliche Zustand hergestellt werde, auf dessen Herbeiführung der in der Verurteilung usw. vorausgesetzte Privatrechtsanspruch gerichtet ist. Die Vollstreckung geschieht auf Antrag und zu Gunsten des Vollstreckungsberechtigten (des „Gläubigers") und zu Lasten des „Schuldners", aber nicht der Gläubiger vollstreckt oder ein Vertreter in seinem Namen, sondern den Zwang übt der Staat, dem allein die Machtmittel zustehen, welche durch das Vollstreckungsgericht und die anderen dazu eingesetzten Organe gebraucht werden. Nur bei einer am Äußeren haftenden Betrachtungsweise kann man sagen, daß die Wirkungen der Vollstreckung auf den Kläger „als Urheber zurückzuführen sind".[4]) Nein! Für den, der die Begriffe scharf faßt, ist das Vollstreckungsgericht der Urheber der Pfändung der Forderung und des aus ihr für den Antragsteller entstehenden Pfändungspfandrechts. Die von uns bekämpfte Auffassung hat ihre Wurzel darin, daß ihre Vertreter sich aus den Fesseln der privatrechtlichen Betrachtungsweise nicht zu befreien vermögen. Privatrechtlich ist ja in der Tat die Auffassung sehr verbreitet, daß derjenige, in dessen Rechtsverhältnisse kraft seines Willens ein Dritter rechtsgestaltend eingreift, so angesehen wird, als habe er selbst durch den Vertreter gehandelt, als sei er selbst der Urheber der durch den Dritten hervorgerufenen Wirkung. Da nun die Pfändung für den Antragsteller Wirkungen begründet, muß dieser selbst der Urheber sein! Ebenso ist auf diese privatrechtliche Betrachtungsweise die Auffassung zurückzuführen, daß das Prozeßverhältnis (als die Gesamtheit der durch das Prozeßverfahren begründeten Rechtsbeziehungen) ein Rechtsverhältnis nur zwischen den Parteien sei.[5])

2. Dies der Inhalt des Vollstreckungsrechts. Seine Entstehung unterliegt nicht den Normen des Privatrechts, sondern

---

[4]) So Weismann, Lehrb. I S. 67, Kohler, ZZP. 33 S. 234.

[5]) Vgl. hierüber unten § 10.

regelt sich nach dem Prozeßrecht. Es wird durch das Urteil (auch durch das vorläufig vollstreckbare) oder durch die sonstigen Vollstreckungstitel erzeugt und ist als Vollstreckungsanspruch — wohl zu scheiden von dem zu vollstreckenden Privatrechtsanspruch — so lange wirksam, bis die Vollstreckungskraft des Titels wieder aufgehoben ist.[6])

„Die Entstehung des Vollstreckungsrechts wird nicht dadurch gehindert, daß eine Forderung gegen den Schuldner nicht vorhanden ist, auch nicht dadurch, daß bei der Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung deren Voraussetzungen mit Unrecht als gegeben angenommen wurden. Das Fortbestehen dieses publizistischen Rechts wird nicht dadurch gehindert, daß die Forderung, derentwegen der Vollstreckungsanspruch in das Leben gerufen wurde, untergegangen oder in ihrer Wirksamkeit eingeschränkt worden ist und daß demgemäß seine Ausübung dem Schuldner gegenüber als unrechtmäßig erscheint."[7])

Faßt man dies alles zusammen, so ergibt sich: Das Recht auf Zwangsvollstreckung ist nicht ein Recht gegen den

---

[6]) Dies geschieht in der Regel (anders im Falle CPO. § 732) durch Urteil, welches durch Widerspruchsklage („Vollstreckungsgegenklage") beantragt wird. Klagt der „Schuldner" nach Zahlung der Judikatsschuld gemäß § 767, so macht er nicht ein Privatrecht geltend, sondern Prozeßgegenstand ist das „Widerspruchsrecht", welches die Prozeßordnung auf Grund des privatrechtlichen Vorgangs verleiht und welches durch das die Vollstreckungskraft aufhebende (also konstitutive!) Urteil realisiert wird. Also ist die Widerspruchsklage keine Feststellungsklage. Vgl. m. Anspr. u. Klagr. S. 491 fg., Lehrb. I § 62, Kisch, Beiträge zur Urteilslehre S. 165 fg. S. auch unten § 9.

[7]) Die Worte des Textes habe ich aus m. Anspr. u. Klagrecht S. 492 wörtlich hierher gesetzt, um zu zeigen, mit welchem Recht Kohler in seiner Bekämpfung des Rechtsschutzanspruchs (Zeitschr. 33 S. 217) sagt: „Allein indem man (!) sagt: wer Civilrecht hat, hat diesen Prozeßanspruch, bringt man durch eine Hintertür das Civilrecht wieder in den Prozeß hinein." Von dem Satze, daß „derjenige, der ein Civilrecht hat, einen Vollstreckungsanspruch hat" (S. 234), lehre ich gerade das Gegenteil, und „das moderne Prozeßrecht", welches den Satz ablehnt, daß „ein rechtskräftiges Urteil zur Vollstreckung nötig sei", ist keineswegs identisch mit dem nur von Kohler gelehrten Prozeßrechte.

Schuldner,[8]) es ist kein Privatrecht, sondern ein prozessuales, also publizistisches Recht. Es ist ein Recht gegen den Staat, der die Selbsthilfe verboten, dafür aber unter den in der Prozeßordnung bestimmten Voraussetzungen die Verpflichtung zur Vollstreckung auf sich genommen hat. Durch seine Vollstreckungsorgane erfüllt er sie. Habe ich das Vollstreckungsrecht, so bedeutet dies keineswegs, daß der Staat nun ohne weiteres vollstrecken müsse, sondern nur, daß er es tun muß, wenn ich es verlange. Stelle ich nun bei einem Vollstreckungsorgan diesen Antrag, so begründe ich damit nicht etwa erst die staatliche Vollstreckungspflicht,[9]) sondern ich mache von dem schon bestehenden Rechte, die Zwangsvollstreckung zu verlangen, Gebrauch. In dem Antrag liegt

---

[8]) Auch nicht ein Recht, das sich sowohl gegen den Schuldner, wie gegen den Staat richtet. Dies ist die Auffassung von Wach, der in dem Rechtsschutzanspruch zugleich das Recht des Berechtigten gegen den Gegner auf Duldung der gerichtlichen Rechtsschutzhandlung findet. Hierin unterscheidet sich unsere Auffassung (s. o. § 1 [5]) sehr wesentlich von der von Wach, Handbuch I S. 19[16], Feststellungsanspruch S. 31 fg. vertretenen. Gegen Wach vgl. schon Laband, Staatsr. 4. Aufl. Band 3 § 84 S. 351, der kurz und treffend bemerkt, daß es keine Pflicht, sich der Staatsgewalt zu unterwerfen, sondern nur einen Rechtszustand des Unterworfenseins unter die Staatsgewalt gibt. Und wenn es eine solche Duldungspflicht gäbe, so wäre sie jedenfalls nicht die Folge eines dem Privaten zustehenden Rechts auf Duldung. Widersetzt sich der Schuldner dem Gerichtsvollzieher, so begeht er einen Widerstand gegen die Staatsgewalt. Für die von uns bekämpfte Auffassungsweise kann man sich nicht auf Vorschriften, die von der Verurteilung auf Duldung der Zwangsvollstreckung sprechen, berufen (z. B. CPO. 737, 739, 743, 748). Diese Formulierung wählt das Gesetz, wo es von der beschränkten Haftung spricht. Vgl. m. Lehrbuch 1 § 33 Note 35 fg. — Vgl. auch unten S. 44 [7].

[9]) In dieser Weise faßt Seckel, Gestaltungsrechte S. 249 den Rechtsschutzanspruch auf, also als publizistisches Recht „des rechtlichen Könnens" oder, wie er nicht übel vorschlägt, als „Gestaltungsrecht". Ebenso Weismann I S. 67[6]. Verwunderlich erscheint es mir, daß der Verfasser einer Monographie über die Feststellungsklage dieses Gestaltungsrecht als ein an ein vorhandenes Rechtsverhältnis geknüpftes Recht bezeichnet. Wo ist denn jenes Verhältnis bei der negativen Feststellungsklage?

also die zur Durchsetzung jenes Rechts erforderliche Ausübung desselben gegenüber dem Vollstreckungsorgan.[10]) Was der Antrag erst begründet, ist das Prozeßverhältnis zwischen dem „Gläubiger“ und dem gewählten staatlichen Organ, und dieses entsteht auch, wenn ein unbegründetes Vollstreckungsgesuch gestellt wird.

In einem auffallenden Widerspruch bewegt sich Bülow, wenn er einerseits den Rechtsschutzanspruch in seiner Erscheinungsform als Vollstreckungsrecht anerkennt,[11]) anderseits aber das Klagrecht mit folgender Begründung bekämpft. Er meint, wenn es existiere, so müsse ja der Richter verpflichtet sein, ohne Klagerhebung zu verurteilen;[12]) ein Klagrecht könne es nicht geben, weil man die Voraussetzungen, von denen die

---

[10]) Solche Ansprüche, bei denen der Verpflichtete erst dann zu erfüllen braucht, ja erst dann erfüllen kann, wenn der Berechtigte es „verlangt“ hat, gibt es auch auf dem civilistischen Gebiete, z. B. § 259 BGB. (Offenbarungseid). Langheineken, Anspruch und Einrede S. 101 fg. hat für sie den Ausdruck „verhaltene“ Ansprüche vorgeschlagen. Sie sind nicht etwa bedingte, d. h. erst mit dem Verlangen entstehende, wie Windscheid I § 107 für die materiellrechtlichen Ansprüche dieser Art und v. Schrutka a. a. O. (s. o. § 1 Note 6) für das Klagrecht annimmt. Das Verlangen begründet eine Phase in der Entwicklung des schon vorhandenen Anspruchs und unterscheidet sich hierin auf materiellrechtlichem Gebiete von der Ausübung des Anfechtungsrechts, soweit durch sie Ansprüche auf Rückgabe einer weggegebenen Sache usw. ins Leben gerufen werden (mit rückwirkender Kraft).

[11]) Zeitschr. 31 S. 201[13]. — Diese Anerkennung erklärt sich wohl daraus, daß es Bülow nicht gelungen ist, zu erkennen, wie himmelweit unser konkretes, von einer ganz bestimmten Gestaltung der individuellen Rechtslage der Beteiligten abhängiges Klagrecht von der abstrakten Klagmöglichkeit verschieden ist. Die Stellung unbegründeter Exekutionsanträge ist gerade so gut möglich, wie die Erhebung einer unbegründeten Klage. Nur ist die erstere tatsächlich viel seltener, weil ein in öffentlicher Urkunde verbriefter Vollstreckungstitel vorhanden sein muß, während die Voraussetzungen, von denen das Klagrecht abhängt, in jeder Weise beweisbar sind, so daß die Behauptung, ein Klagrecht zu haben, viel leichter mit Unrecht aufgestellt werden oder doch beweislos bleiben kann.

[12]) A. a. O. S. 197.

Verurteilung usw. abhänge, erst am Ende des Prozesses und keinesfalls vor seinem Beginne kennen könne; überhaupt gebe es keine vorprozessualen[13]) Rechte, und unsere Theorie sei namentlich auch deshalb unrichtig, weil es ja vorkommen könne, daß ein unrichtiges Urteil gefällt werde.[14]) Wie ist es denn in allen diesen Beziehungen beim Vollstreckungsrecht? Gibt es nicht auch ungerechtfertigte Gewährung oder Versagung einer Exekution, und kann es nicht auch hier vorkommen, daß Rechtsmittel dagegen nicht oder nicht mehr zulässig sind?

IV. Wir unterscheiden also den zu vollstreckenden Privatrechtsanspruch und das publizistische Recht, wegen dieses in dem Vollstreckungstitel vorausgesetzten Anspruchs von dem Staat die Anwendung der staatlichen Zwangsgewalt zu verlangen. Dafür, daß diese Auffassung mit dem Gesetz in vollem Einklang steht, verweise ich beispielsweise auf CPO. § 866, wo die Wendung gebraucht wird: der Gläubiger **„kann verlangen“**, daß eine von mehreren Vollstreckungsmaßregeln allein oder neben den übrigen ausgeführt werde.

Die Unterscheidung dieser beiden Rechte nach ihrem Inhalte und nach der Person des Verpflichteten (Schuldner — Staat) ergibt auch die richtige Beurteilung der wichtigsten Einzelfragen.

1. Ich erwähne die Frage, ob durch die Pfändung eine Sicherung gewährt wird, welche der die Pfändung betreibende Gläubiger zu „beanspruchen hatte“ (KO. § 30 Nr. 2). Diese Frage ist zu bejahen;[15]) die richtige Begründung liegt darin, daß der Gläubiger zwar trotz drohenden Konkurses den publizistischen Vollstreckungsanspruch gegen den **Staat** hat, aber kraft des Vollstreckungstitels gegen den **Schuldner**

---

[13]) Bülow liebt es, statt dessen von präexistenten Rechten zu sprechen. Das ist ein Ausdruck, der sprachlich und sachlich unrichtig ist und geeignet erscheint, eine falsche Vorstellung von der bekämpften Theorie zu erwecken.

[14]) Hierauf ist in § 10 a. E. zurückzukommen.

[15]) So auch RG. 10 S. 33, 32 S. 66.

(also privatrechtlich) kein Sicherungsrecht besitzt; auf letzteres aber kommt es bei der Frage nach Anfechtbarkeit allein an.[16])

2. Ebenso ermöglicht jene scharfe Scheidung unserer beiden Rechte die richtige Beurteilung der Situation, wenn ich die Vollstreckung betrieben habe, indem ich zwar „Gläubiger" im Sinne des Prozeßrechts (= Vollstreckungsberechtigter) bin, aber privatrechtlich keinen Anspruch habe. Wäre das Vollstreckungsrecht ein Recht gegen den Schuldner, so könnte nach dem Satze: qui iure suo utitur, neminem laedit, natürlich nicht die Rede davon sein, daß der „Gläubiger" auf Schadensersatz wegen ungerechtfertigter Vollstreckung haftet.[17]) Zweifellos haftet aber der Gläubiger so; er haftet schlechthin, wenn er bei vorläufiger Vollstreckbarkeit (§ 717) oder auf Grund eines Vorbehaltsurteils (§ 302, 600) vollstrecken ließ;[18]) bei Vollstreckung von rechtskräftigen Urteilen aber, welche später im Wege der Restitutionsklage aufgehoben wurden, haftet der Gläubiger nur, wenn ihn der Vorwurf des Verschuldens trifft.[19]) Von unserem Standpunkt aus ist dies kein Widerspruch. — Das Vollstreckungsrecht ist eben lediglich ein prozessuales Recht gegen den Staat. Dieser ist dem

---

[16]) Vgl. auch KO. § 35, Anf.Ges. § 6.

[17]) Während man allgemein mit Recht der Ansicht ist, daß es gegen das Notwehrrecht ein Notwehrrecht begrifflich nicht geben kann, lehrt Kohler, Lehrb. I S. 224, daß im Notstande jeder von beiden Gefährdeten berechtigt sei, den anderen nötigenfalls zu töten, und daß derjenige „Recht" behalte, der in facto gewinnt. Allein solche sich widersprechende Rechte kann die Rechtsordnung nicht gewähren. Gerade jene Konsequenz, die Kohler unerschrocken zieht, zeigt, daß dann, wenn zwei Schiffbrüchige um die rettende Planke kämpfen, keiner das Recht hat, den anderen in die Fluten zu stoßen, sondern daß nur straflos bleibt, wer es getan hat.

[18]) Die interessante Frage, wie weit diese unbedingte Haftung auszudehnen ist (z. B. auf die Fälle, in denen auf Grund einer nach § 727 vom Gerichtsschreiber erteilten, also nicht definitiven Vollstreckungsklausel vollstreckt wurde), ist hier nicht weiter zu verfolgen. Vgl. die Zusammenstellung der hierher gehörigen Fragen in meinem Civilprozeßpraktikum 2. Aufl. Nr. 210.

[19]) Ebenso im Falle CPO. § 541.

Gläubiger gegenüber zur Vollstreckung verpflichtet, und der „Schuldner“ muß sie nicht etwa kraft einer speziellen, dem Gläubiger gegenüber bestehenden Duldungspflicht, sondern deshalb über sich ergehen lassen, weil er der Staatsgewalt unterworfen ist. Demnach ist es sehr wohl möglich, daß die Betreibung der Vollstreckung, wenngleich sie prozessual rechtmäßig ist, materiellrechtlich (dem „Schuldner“ gegenüber) als rechtswidrig erscheint. Das ist der Fall, wenn dem „Gäubiger“ kein Forderungsrecht zusteht.[20])

V. Von dieser Grundauffassung aus ergibt sich das System, in dem die Normen über die Vollstreckung darzustellen sind, von selbst. Es muß sich aufbauen auf dem Grundgedanken, daß einerseits die Voraussetzungen darzulegen sind, von denen das Recht auf Vollstreckung abhängt, anderseits das Verfahren, in dem ein (behauptetes) Vollstreckungsrecht geltend zu machen und das als vorhanden erkannte Recht zu verwirklichen ist. Auch das Konkursrecht, welches ja nichts anderes als das Recht der Generalexekution ist, findet von diesen Gesichtspunkten aus die richtige systematische Gliederung. 1. An die Spitze gehört die Lehre von den Voraussetzungen der Konkurs-

---

[20]) Dies kann der „Schuldner“, solange das rechtskräftige Urteil besteht, nicht geltend machen, weil die Rechtskraft bewirkt, daß er mit der contra rem judicatam verstoßenden Behauptung nicht gehört wird. Wohl aber kann er es, wenn das Urteil aufgehoben ist. Denn dieses erzeugte, wenn es mit Unrecht verurteilte, zwar das Vollstreckungsrecht, aber nicht die mit Unrecht als bestehend angenommene Forderung. Ganz anders Kohler. Das Urteil soll „jede andere Form (des Rechtserwerbs?) ersetzen“, es soll „den Übergang von Grundeigen bewirken“ (Enzyklopädie 2 S. 144); es „schafft das Recht, das nicht vorhanden war“ (Lehrbuch I, S. 216). Solche Sätze werden mit apodiktischer Gewißheit vorgetragen. Die richtige, Privat- und Prozeßrecht gehörig scheidende Auffassung über die Wirkung des wichtigsten Prozeßaktes ergibt das Resultat, daß das Feststellungsurteil hinsichtlich des Prozeßgegenstandes nur Unbestreitbarkeit der deklarierten Rechtslage zur Folge hat, diese selbst aber privatrechtlich nicht verändert, also weder „den Übergang von Grundeigen bewirkt“, noch dem mit Unrecht als forderungsberechtigt deklarierten „Gläubiger“ ein Forderungsrecht verschafft. Vgl. unten § 10 a. E.

eröffnung (konkursmäßige Vermögenslage, inländische Gerichtsbarkeit usw.).[21]) Dann müssen 2. die Wirkungen der Konkurseröffnung (Stellung des Gemeinschuldners, des Verwalters, der Gläubiger) dargestellt werden, hierauf 3. die Konkursmasse (Bestandteile, Anfechtung, Masseverbindlichkeiten) und endlich 4. Form und Gang des Verfahrens.

III. Der Rechtsschutzanspruch als Klagrecht.

§ 4.

1. Die Klagmöglichkeit.

I. Nach heutigem Rechte steht es jedermann frei, durch Klagerhebung eine Rechtsbehauptung zur Entscheidung zu stellen und damit das Prozeßverhältnis in's Leben zu rufen. Anders ist es im Strafprozeß, wenigstens insofern, als schon die Eröffnung des Hauptverfahrens voraussetzt, daß der „Angeschuldigte" der Tat hinreichend verdächtig erscheint.[1]) Nur dann, wenn der Staatsanwalt solche Verdachtsgründe beigebracht hat, kann er verlangen, daß das Hauptverfahren eröffnet werde.

Im Civilprozeß aber genügt die nackte Aufstellung der Rechtsbehauptung, um die gerichtliche Zulassung der Klage

---

[21]) Daß der Schuldner selbst die Konkurseröffnung beantragen und sie, wenn die Voraussetzungen gegeben sind, verlangen kann, wird man unserer Auffassung nicht entgegenhalten können. Die Konkurseröffnung ist auch für den Gemeinschuldner das Mittel, um die Einzelexekution auszuschließen und damit seine eigenen Interessen nicht minder als die der Gläubigergesamtheit zu wahren. Gerade mit Rücksicht auf letztere macht das Gesetz nicht selten den Antrag auf Konkurseröffnung zur Pflicht.

[1]) StPO. § 201. Auch die Erhebung der Anklage soll nicht ohne hinreichenden Verdacht geschehen. Aber das Gesetz hat keine Garantien gegeben, um zu verhindern, daß es doch geschieht.

(durch Anberaumung des Verhandlungstermins) zu erlangen und den Prozeß zu eröffnen; es wird keine Glaubhaftmachung, kein Kalumnieneid, keine Sicherheitsleistung [2]) verlangt, um den Gegner in die Stellung des Beklagten zu bringen und ihn dadurch zu nötigen, gegenüber einem ungerechtfertigten Angriff für seine Verteidigung zu sorgen, im landgerichtlichen Verfahren also einen Rechtsanwalt zu bestellen.

Der Grund der verschiedenen Behandlung liegt auf der Hand. Angeklagter in einem Strafprozeß zu sein, ist eine viel schwerere Gefährdung als die Verwicklung in einen Civilprozeß. Unser heutiges Recht betrachtet die drohende Prozeßkostenpflicht als eine genügende Sicherung gegen den Mißbrauch der Klagmöglichkeit, der in der Behelligung mit einer unbegründeten Klage liegt.

II. Diese jedermann zustehende Klagmöglichkeit [3]) und die darin liegende Befugnis, die Entscheidungspflicht (Antwortspflicht) des angegangenen Gerichts zu begründen, ist als ein besonderes prozessuales Recht nicht anzuerkennen. Denn der Begriff des Rechts setzt voraus, daß der Berechtigte eine Stellung hat, die ihn gegenüber anderen bevorzugt. [4]) Entscheidend aber ist folgendes. Wie später (§ 7) zu zeigen ist, gewinnt der Beklagte durch Anstellung einer unbegründeten Klage das prozessuale Recht auf Zurückweisung des Angriffs. Würde nun jedermann in der abstrakten Klagmöglichkeit ein prozessuales Recht haben, so hätten wir mit der Möglichkeit von zwei sich widersprechenden Rechten zu rechnen. Von einem Recht, die Klage zu erheben (konkret z. B.: die

---

[2]) Ausnahmen (CPO. § 110) bestätigen die Regel.

[3]) Das abstrakte Klagrecht im Sinne Degenkolbs und seiner Anhänger (vgl. die Citate bei Langheineken, Urteilsanspruch S. 3 fg., 46 fg.).

[4]) In meinem Lehrbuch I § 22 [12] habe ich geäußert, daß man diese Befugnis, ebenso wie die Befugnis zur sonstigen freien Betätigung der Persönlichkeit nur als einen (unselbständigen) Ausfluß des Rechts der Persönlichkeit auffassen könne. In diesem Punkte stimmt Kohler, der jenen Gedanken in Zeitschr. 33 S. 220 fg. weiter ausführt, mit mir überein.

Verurteilung des Beklagten zu verlangen), kann nicht die Rede sein, wenn der zu Verklagende im Falle der Klagerhebung berechtigt ist, die Abweisung zu verlangen.

III. Trotz seiner heftigen Bekämpfung des civilprozessualen Klagrechts findet Bülow Bindings Annahme eines Strafklagrechts vollkommen gerechtfertigt.[5]) Binding [6]) versteht darunter „das von dem Strafrecht ganz unabhängige öffentliche Recht auf **Konstituierung** des Prozeßverhältnisses und Endigung desselben durch Urteil". Dieses „Strafklagrecht" unterscheidet sich von der Möglichkeit, durch Civilklage ein Entscheidungsverfahren einzuleiten, nur dadurch, daß diese Möglichkeit so leicht gemacht ist. Von unserem (konkreten) Klagrecht auf bestimmte Verurteilung usw. ist es durchaus verschieden. Denn dieses setzt bei der Klage auf Verurteilung einen Anspruch auf Leistung (und noch manches andere!) voraus. Wenn Bülow unser Klagrecht und jenes Strafklagrecht miteinander in Vergleichung setzt, so ist das nur dadurch erklärlich, daß er das, was wir mit dem Rechtsschutzanspruch in dieser seiner Erscheinungsform meinen, mit dem sog. abstrakten Klagrecht verwechselt.

---

§ 5.

2. Beweis, daß das Reichsrecht den Begriff des Klagrechts kennt.

I. Die eben besprochene, jedermann zustehende Klagmöglichkeit statuiert das Gesetz nicht ausdrücklich; es setzt sie als selbstverständlich voraus. Diese Möglichkeit meint das Gesetz auch nicht, wenn es bestimmte Voraussetzungen normiert und bestimmt, daß dann, wenn sie vorliegen, auf ein

---

[5]) ZZP. 31 S. 200, Note 12.

[6]) Strafrecht Band I, S. 193.

Urteil **bestimmten Inhalts** „geklagt werden kann". Wenn das Gesetz solche Wendungen gebraucht, so meint es unser Klagrecht als die Berechtigung, im Wege der Klage ein bestimmtes, das Rechtsschutzinteresse des Klägers befriedigendes Urteil zu verlangen.

II. Die Wissenschaft ist nicht gehindert, Begriffe auszuprägen, von denen das Gesetz nicht spricht. Hier aber sind wir in der glücklichen Lage, zeigen zu können, daß unsere modernen Reichsgesetze den eben definierten Begriff des Klagrechts in einer großen Zahl von Vorschriften fortwährend gebrauchen. Sie ergeben direkt, daß dieser Begriff dem positiven Rechte angehört. Von denjenigen, die ihn bekämpfen, hätte man wohl billigerweise erwarten können, daß sie sich nicht nur mit allgemeinen Spekulationen begnügten, sondern sich auch und zwar in erster Linie nach dieser Seite hin mit dem Problem beschäftigten. Das haben aber weder Bülow, noch Kohler, noch Weismann, noch die anderen Gegner getan, obwohl ich schon mehrfach darauf hingewiesen habe.[1])

Ich werde im folgenden zeigen, daß unsere Reichsgesetzgebung in einer ungemein großen Zahl von Vorschriften Klagrechte in meinem Sinne gewährt oder versagt, indem bestimmt wird, daß unter gewissen Voraussetzungen „geklagt werden kann" oder nicht geklagt werden kann. Wie wenig Bülow in den Sinn dieser Vorschriften und der auf ihnen aufgebauten Theorie eingedrungen ist, zeigt seine Bemerkung, daß der „unverstandene und beseitigte Aktionsbegriff viele üble Spuren in unserer Gesetzgebung zurückgelassen habe". Als Beleg hierfür führt er die Verwendung des Ausdrucks „nicht klagen können" in § 1958 an.[2]) Wäre damit allerdings gesagt,

---

[1]) Vgl. Anspr. u. Klagr. S. 146, Lehrbuch I § 22[16].

[2]) In § 1297 BGB. hat der Ausdruck m. E. einen anderen Sinn. Die in § 1298 fg. normierten Rechtsfolgen treten nicht deshalb ein, weil eine Rechtsverbindlichkeit zum Eheschluß vorliegt, sondern obgleich dies nicht der Fall ist. Aus iener Schadensersatzpflicht auf das Vorhandensein einer Rechtspflicht

daß die Antretung der Erbschaft die Voraussetzung für die Befugnis zur Klagerhebung (die „Vorbedingung des Prozesses und der Gerichtsentscheidung") sei, so hätte Bülow mit seiner Opposition völlig recht. Aber davon ist weder in dem Gesetz, noch in unserer Lehre der Fall. Der citierte § 1958 versagt nur gegenüber dem provisorischen Erben das Klagrecht im Sinne eines Rechtes auf erfolgreiche Klage; er versagt es deshalb, weil dem Erben die Befugnis, unter Vorbehalt der Ausschlagung den Nachlaß zu verwalten, entzogen ist und weil die Befugnis zur Prozeßführung und die Last der Verteidigung mit dem Besitz des Verwaltungsrechts Hand in Hand gehen. Fehlt also dem provisorischen Erben das Verwaltungs- und deshalb das Prozeßführungsrecht,[2a]) so fehlt damit nicht eine „Vorbedingung des Prozesses und der Gerichtsentscheidung", sondern es fehlt die Möglichkeit, ihm gegenüber mit erfolgreicher Klage vorzugehen. Dies drückt das BGB. ebenso wie die CPO. durch die Wendung: „klagen und verklagt werden können" aus. Diese Ausdrucksweise ist nicht schief, sondern vollkommen korrekt — wenn man sich nur das Richtige unter dem Klagrecht denkt und sich vor der Verwechslung mit der abstrakten Klagmöglichkeit hütet, einer Verwechslung, die auch Bülow a. a. O. ganz offenbar begeht.[3])

---

zu schließen, ist geradeso verfehlt, wie wenn man aus § 814 schließen wollte, daß die sittlichen und die Anstandspflichten vom Gesetz zu Rechtspflichten erhoben seien. Der Bruch des Verlöbnisses ist ein Verstoß gegen Sitte und Anstand, und aus diesem Grunde läßt das Gesetz hier die Folgen der §§ 1298 ff. eintreten (also auch dann, wenn ein Minderjähriger sich selbständig verlobt hat). Ist man dieser Ansicht, so bedeutet die Versagung des Klagenkönnens nicht die Statuierung einer klaglosen Rechtsverbindlichkeit, sondern sagt in weniger schroffer Form dasselbe wie § 1227 des I. Entwurfs („durch das Verlöbnis wird eine Verbindlichkeit der Verlobten zur Schließung der Ehe nicht begründet").

[2a]) Vgl. hierüber näher unten § 9, III, 2a, δ.

[3]) Das peculium castrense war jedenfalls in der klassischen Zeit Vermögen des Vaters, unterstand aber ausschließlich der Verwaltung des filius familias miles. Nun sagen die Quellen: Actionem . . . . rerum castrensium

III. Bei der Zusammenstellung der Belege beginne ich

1. mit der Feststellungsklage. Ihre speziellen Klagvoraussetzungen normiert das Gesetz in § 256. Besteht ein Rechtsverhältnis (was sich nach materiellem Recht bestimmt), so „kann auf seine Feststellung Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse . . . hat" (prozessuale Klagvoraussetzung). Entsprechend „kann Klage erhoben werden", wenn ein Rechtsverhältnis nicht besteht (materiellrechtliche Klagvoraussetzung) und ein Interesse an dieser negativen Feststellung besteht (prozessuale Klagvoraussetzung). Hier ist es schon sonnenklar: Das Feststellungsinteresse bedingt nicht die Existenz des Prozesses; nicht eine Prozeßvoraussetzung soll normiert werden, sondern das Gesetz bestimmt die Bedingungen, deren Vorhandensein im Prozesse untersucht werden soll: und wenn diese sich als gegeben herausstellen, so ist ermittelt, daß der Kläger auf das verlangte Urteil „klagen konnte", d. h., daß er berechtigt war, so zu klagen; nun muß seinem Verlangen nach Fällung des von ihm bezeichneten Urteils stattgegeben werden.[4])

2. Die §§ 257—259 normieren die Voraussetzungen, unter denen wegen eines noch nicht fälligen Anspruchs auf künftige Leistung „Klage erhoben werden kann". Hier wird

semper filius etiam invito patre habet (l. 4 § 1 D. 49, 17), und auf die Frage, ob der Vater in Beziehung auf die kastrensischen Rechtsverhältnisse actionem pati debeat, wird geantwortet: necessitas defendendi patri non imponenda est. Das ist ganz derselbe Gedankengang, wie wir ihn im Texte entwickelten. (Vgl. näher unten § 9 Note 42.) Und er ist vollkommen korrekt. Auch hier handelt es sich nicht um eine Bedingung für die Existenz des Prozesses, sondern um eine Bedingung für seine siegreiche Durchführung. Das ist deshalb nicht weniger wahr, weil der Prätor die actio denegiert haben wird, wenn es schon in iure fest stand, daß der Vater über Rechtsverhältnisse des peculium castrense prozessieren wollte oder sollte. Aber hat denn nicht auch sonst der Prätor actionem denegiert, wenn ein sachlicher Verteidigungsgrund in iure feststand? Vgl. Schott, das Gewähren des Rechtsschutzes S. 83 fg.

[4]) Daß auch die allgemeinen Klagvoraussetzungen (s. unten § 9) gegeben sein müssen, spricht das Gesetz nicht aus; es versteht sich von selbst.

also wiederum einerseits auf das materielle Recht Bezug genommen (insoweit es sich um die Verpflichtung des Beklagten zur Leistung handelt), sodann wird die prozessuale Voraussetzung normiert, von der die CPO. es abhängig macht, ob der Anspruchsberechtigte auch klagberechtigt ist (ob ihm nomine illius obligationis actio competit).[5])

An diese generellen Vorschriften der CPO. über die Frage, wann wegen eines Anspruchs auf künftige Leistung ein Klagrecht auf Verurteilung zu künftiger Leistung begründet ist, schließe ich die Vorschriften an, in denen das BGB. für einzelne solche Ansprüche das Recht zur Klage statuiert. Es handelt sich hier durchweg um Ansprüche auf Unterlassung einer Rechtsverletzung.[6]) Wenn nun die §§ 12, 862, 1004, 1227, 1053, 1134, 550 sagen, daß man, falls weitere Störungen zu besorgen sind, auf Unterlassung „klagen kann", so haben wir hier wiederum die Verleihung des (publizistischen) Rechts, wegen des (civilistischen) Unterlassungsanspruchs im Wege der Klage eine Verurteilung zur Unterlassung zu fordern.[7]) Diesen

---

[5]) So könnte man es im Anschluß an l. 10 D. 44, 7 ausdrücken. Hier wird schon die obligatio und die actio wegen derselben scharf unterschieden, während sonst ja bekanntlich die römische actio vielfach das materielle Recht im Hinblick auf seine gerichtliche Verfolgbarkeit bezeichnet.

[6]) Auf den bekannten Streit, ob Ansprüche gegen jedermann auf Unterlassung anzuerkennen sind, gehe ich hier nicht näher ein. Daß sie anzuerkennen sind, wird m. E. durch die Vorschriften des Textes bewiesen. Ich erwähne nur, daß Kohler in Beziehung auf die Immaterialrechte jetzt einen „negatorischen" Anspruch anerkennt. „Er wird erst wachgerufen durch eine besondere Veranlassung; die Störung stört den schlummernden Funken auf und das Recht kommt gleichsam in Aufwallung" (Enzyklopädie I S. 625). Juristisch ausgedrückt ist es so: ein Anspruch auf Unterlassung ist gegen jedermann begründet, aber klagbar wird er erst durch die Besorgnis, daß der zu Beklagende gegen seine Unterlassungspflicht verstoßen wird. Vgl. m. Lehrb. I § 31 (S. 201 fg.) und § 57 (S. 373 fg.).

[7]) Daß diese besonderen Bestimmungen angesichts der (jüngeren) lex generalis des § 259 CPO. überflüssig sind, ist a. a. O. ausgeführt. Vgl. jetzt auch RG. 52 Nr. 79, 53 Nr. 99, 54 S. 415 fg., wo jene so einfache Recht-



Vorschriften ist anzureihen § 1 Absatz 1, § 8 des Wettbewerbsgesetzes, wo zu dem Satze: „Auch kann der Anspruch auf Unterlassung ... geltend gemacht werden" hinzuzudenken ist: im Wege der Civilklage.

3. Bezüglich der Klagen auf Rechtsänderung [8]) gibt es sehr zahlreiche Vorschriften, die das Recht zur Klage unter bestimmten Voraussetzungen verleihen. Ich verweise zunächst auf BGB. §§ 1565 fg., wo das (civilistische) Scheidungsrecht normiert wird und die Ausdrücke „**kann** klagen", „ist **berechtigt** zu klagen" als gleichbedeutend gebraucht werden. [9]) In der-

---

fertigung der Klage auf Unterlassung (ohne bereits vorgenommene Störung) nicht beliebt, aber auch nicht verworfen ist. Die Ausführungen von Mannhardt DJZ. 8, 417 kommen zu richtigem Ergebnis, aber auf einem unnötigen Umweg.

[8]) Vgl. hierüber unten S. 62/3. Kohler bleibt hartnäckig bei seiner Meinung, daß die Rechtsgestaltungsklagen nichts anderes als Feststellungsklagen seien. Wenn er aber jetzt Zeitschr. 33 S. 226 sagt, daß er mit Wach darin „vollkommen einverstanden" sei, so muß konstatiert werden, daß Wach im Handb. I S. 12 die „Rechtsnormierung" bezeichnet als „den sofort den beanspruchten Erfolg ohne Vollstreckungs**handlung** mit dem Eintritt der Rechtskraft **herstellenden** Ausspruch." Und in der Zeitschr. Bd. 32 S. 7 äußert sich Wach über die konstitutiven Urteile deutlich in einer der Kohler'schen Auffassung ganz entgegengesetzten Weise. An derselben Stelle (S. 226) stellt Kohler über die Frage, ob die zweite Ehe nach Aufhebung des Scheidungsurteils bestehen bleibt, eine Ansicht auf, welche im Resultate mit der von mir in der DJZ. 1904 S. 834 verteidigten übereinstimmt, zu Kohlers Auffassung (daß die Ehescheidung durch die in der Klage enthaltene „Kündigung" bewirkt wird) aber wie die Faust auf das Auge paßt. Vgl. m. Bemerkung in der DJZ. 1904 S. 1074.

[9]) Wenn die Gegner auch hier ein vorprozessuales Klagrecht leugnen, so verstößt dies direkt schon gegen den Wortlaut des Gesetzes. Was soll das „Recht auf Scheidung" (BGB. § 1570) sein, wenn es nicht auch ein prozessuales Recht, es im Wege der Klage auszuüben, gibt? Leugnet man das letztere, so leugnet man damit auch das erstere. Ist die Frage, ob die schwer geprügelte Ehefrau auf Scheidung klagen kann, wirklich der Art nach der Frage gleich, ob der Examenskandidat, „der die volle Jurisprudenz im Leibe hat", einen Anspruch auf Durchkommen habe, oder ob jemand mit dem Anspruch auftreten könne, daß ihm unter allen Umständen der Nobelpreis gebühre? (Mit diesen Argumenten operiert Kohler, Zeitschr. 33 S. 213/14.)

selben Weise kommt das „kann klagen“ bei Klagen auf eine ebenfalls ex nunc wirkende Rechtsänderung in §§ 1418, 1425, 1468 vor. Bezüglich der Anfechtungsrechte (Aufhebung ex tunc) sondert das Gesetz die Festsetzung der Voraussetzungen des civilistischen Rechts (z. B. § 1331 fg.) von den Vorschriften über die Klage, welche das Recht auf Rechtsänderung geltend macht. Hier ist die Ausdrucksweise nicht so schlagend. Aber wenn z. B. in §§ 1341, 2342 gesagt ist, daß „die Anfechtung durch Erhebung der Anfechtungsklage erfolgt“, so kann gar kein Zweifel sein, daß dies nichts anderes bedeutet, als das „kann klagen“.

Ganz deutlich sind die Vorschriften der CPO. über die Widerspruchsklagen. Wenn beispielsweise in § 767 gesagt ist, daß Einwendungen, welche den (vollstreckbaren) Anspruch selbst betreffen, „im Wege der Klage geltend zu machen sind“, so liegt darin 1. die Verleihung des prozessualen Widerspruchsrechts (auf Grund der Zahlung usw.) und 2. die Anerkennung, daß eine wegen begründeten (nicht nur behaupteten!) Widerspruchsrechts angestellte Klage zu der Aufhebung der Vollstreckungsfähigkeit des Urteils führen muß. Die vielfachen gleichgearteten Vorschriften sind in meinem Lehrbuch Band I § 62 zusammengestellt.[10]) Nur auf zwei von ihnen mache ich besonders aufmerksam.

Die eine ist der § 784 CPO. Hier wird in Absatz 1 normiert, unter welchen Voraussetzungen der Erbe **„verlangen kann“**, daß gewisse Vollstreckungsmaßregeln „aufgehoben“ werden und in Absatz 2 wird von einem **„gleichen Rechte“** des Nachlaßverwalters gesprochen. Der § 785 setzt dann hinzu,

---

[10]) Wie Kohler angesichts dieser Ausführungen und der negativen Feststellungsklage behaupten kann, die von ihm bekämpfte Theorie lehre, daß, wer Civilrecht habe, und nur dieser, den Rechtsschutzanspruch habe (ZZP. 33 S. 217), ist ebenso unerfindlich wie der Satz Weismanns (Lehrb. I S. 69) „Wie das Verhältnis der Klagbefugnis zu dem geltend gemachten Rechte zu denken ist, ob als selbständige mit dem Recht verknüpfte Befugnis, ob in ihm enthalten, ist eine für die prozessuale Betrachtung gleichgültige Frage.“

daß die Erledigung der Einwendung nach §§ 767, 769, 770 zu erfolgen hat, also im Wege der Klage geltend zu machen ist.

Die bezeichnendsten Vorschriften habe ich bis zuletzt aufgespart. Der § 323 CPO.[11]) spricht ebenfalls von einem konstitutiven Urteil, welches ebenso wie das im judicium rescindens über die Wiederaufnahmeklage entscheidende Urteil insofern rechtsgestaltend ist, als es eine rechtskräftige Entscheidung und den durch sie herbeigeführten Prozeßrechtszustand abändert. Aber hier handelt es sich um die „Abänderung" eines Urteils aus dem Grunde, daß nach einer Verurteilung zu künftig fällig werdenden Leistungen eine wesentliche Veränderung derjenigen Verhältnisse eingetreten ist, welche für die Bestimmung der Höhe der Leistungen oder der Dauer ihrer Entrichtung maßgebend waren.[12]) Sind diese Voraussetzungen (Klagvoraussetzungen) gegeben, **„so ist jeder Teil berechtigt, im Wege der Klage eine entsprechende Abänderung des Urteils zu verlangen".**[13])

Diese wichtige Vorschrift sagt nichts anderes als alle die vorhergehenden zahlreichen Vorschriften. Aber sie sagt es in so deutlicher und gar nicht mißzuverstehender Weise, wie keine der anderen Normen. Angesichts der immer und immer sich wiederholenden Verwechslungen und Mißverständnisse hebe ich die Punkte, auf die es ankommt, nochmals auf die Gefahr hin hervor, daß es als eine überflüssige Weitläufigkeit betrachtet wird.

---

[11]) In gleicher Weise bezeichnend ist das Urhebergesetz von 19. 6. 1901 § 43 („der Berechtigte kann verlangen, daß ihm das Recht zuerkannt wird ...), ferner § 42 („auf Vernichtung ist zu erkennen") verbunden mit § 46 („die Vernichtung ... kann im Wege des bürgerlichen Rechts ... verfolgt werden").

[12]) Über den Unterschied gegenüber der Vollstreckungsgegenklage (§ 767) vgl. m. Anspr. u. Klagr. S. 167[13]. Die abweichende Ansicht von Schwarz, Das Billigkeitsurteil des § 829 BGB. S. 68 fg. halte ich nicht für richtig.

[13]) Gleichbedeutend sind die Worte des § 324 „der Berechtigte kann ... verlangen". Auch in § 255 wird derselbe Ausdruck gebraucht: „Hat der Kläger das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern, so kann er verlangen, daß die Frist im Urteile bestimmt werde".

a) Im Gesetz sind bestimmte Voraussetzungen formuliert, die vorhanden sein müssen, damit die in ihm bestimmte Folge eintreten kann. Diese Voraussetzungen sind nicht von der Willkür der Parteien abhängig. Sie bestehen in einer bestimmten Gestaltung der konkreten Rechtslage der Beteiligten.

b) Die im Gesetz bestimmte Folge besteht darin, daß derjenige, zu dessen Gunsten die Änderung der Rechtslage eingetreten ist,[14]) berechtigt ist, die entsprechende Abänderung des Urteils zu verlangen. Also: er ist berechtigt; jetzt ist er es bereits; er wird es nicht erst dadurch, daß er klagt, und noch weniger etwa erst dadurch, daß er den Beweis der wiedererlangten Arbeitsfähigkeit erbringt.

Wozu ist er berechtigt? Ist etwa der Inhalt dieses Rechts der, daß er von dem wieder genesenen Arbeiter etwas verlangen kann? Gewiß berührt diesen die Abänderung des Urteils, aber sie berührt seine Rechtslage nur insoweit, als er bisher die unbestreitbare Feststellung hat, daß der Verurteilte ihm lebenslänglich eine Rente von 300 Mk. zahlen muß, und als ihm das Recht zusteht, diese Summe von ihm beitreiben zu lassen. Diese (prozessuale) Rechtslage soll abgeändert werden! Wer anders als das Gericht kann die Abänderung vornehmen? Ist dies aber sicher, so kann auch das Recht, sie zu verlangen, gegen niemand anders gerichtet sein als gegen den Staat, dessen Organe die Gerichte sind. Dem Rechte des Fuhrunternehmers kann also nur die vom Staate in dem § 323 übernommene Verpflichtung zur Abänderung des Urteils entsprechen, ebenso wie dem Klagrecht auf Verurteilung oder bloße Feststellung nur die entsprechende staatliche Pflicht korrespondieren kann. Daß dieses Recht des Klagberechtigten nur ein publizistisches sein kann, ergibt sich sowohl aus seiner Quelle, als aus seinem Inhalte, als aus der Person des Verpflichteten.

---

[14]) Sagen wir: der beklagte Fuhrunternehmer, der verurteilt ist, eine vierteljährliche Rente von 300 Mk. an den gelähmten und nach Ansicht des Gerichts dauernd arbeitsunfähigen Arbeiter zu zahlen, welcher unerwarteterweise die Arbeitsfähigkeit wiedererlangt hat.

c) Die Abänderung kann nicht eher erfolgen, als bis sie verlangt ist. Das ist nach dem Gesetz unzweifelhaft. Es handelt sich eben um einen Anspruch, dessen Befriedigung dadurch bedingt ist, daß der Berechtigte sie verlangt hat. Wird Bülow auch dem § 323 gegenüber behaupten, daß die Anerkennung des Rechts auf das dem klägerischen Rechtsschutzbedürfnis Genüge leistende Urteil unverträglich mit dem Satze sei, daß die Gerichte ohne Klage nicht urteilen dürfen?[15])

d) Die Abänderung des Urteils ist „im Wege der Klage" zu verlangen. Damit sagt das Gesetz, daß der Klagweg der Weg ist, auf dem jenes Recht auszuüben ist. Die Klagmöglichkeit steht jedem zu. Aber rechtmäßig macht von ihr Gebrauch nur der, der nicht nur jenes Recht, die Abänderung zu verlangen, behauptet, sondern es wirklich hat.

IV. Das Ergebnis.

Angesichts der zuvor gegebenen Belege kann m. E. nicht daran gezweifelt werden, welche Auffassung der Reichsgesetzgebung zugrunde liegt. Verfahren wir nach dem Grundsatz: regula ex iure fit, und versuchen wir nicht, nach einer vorgefaßten Meinung das Gesetz zu korrigieren, so ergibt sich das Resultat: Die prozeßrechtliche Folge einer bestimmten im Prozeßgesetz normierten Gestaltung der Rechtslage besteht darin, daß im Wege der Klage Rechtsschutz durch ein Urteil bestimmten Inhalts verlangt werden kann. Fehlt eine dieser Voraussetzungen, so besteht zwar die Möglichkeit, trotzdem Klage zu erheben, aber es fehlt jenes Recht (das Klagrecht).

M. E. wiegen diese Belege schwerer als Bülows und anderer Gegner Versuche, uns zu beweisen, daß es ein Recht auf Rechtsschutz nicht gebe, ja nicht geben könne.

Die zuvor bezeichnete Erscheinungsform des Rechtsschutzanspruchs nenne ich das Klagrecht. Wie man sieht, schließt sich die eben gegebene Definition dieses Rechtes an die Ausdrucksweise der modernen deutschen Gesetzgebung auf das

---

[15]) Ich verweise auf die Ausführungen o. § 3 Seite 21, 22.

allerengste an, terminologisch sowohl als inhaltlich. Darin finde ich auch die Rechtfertigung meines Versuchs, „den alten jetzt ganz diskreditierten Terminus „„Klagrecht““ neu zu beleben“.[16])

Ein Bedürfnis, den Rechtsschutzanspruch in seinen drei Erscheinungsformen des Arrestrechts (§ 2), des Vollstreckungsrechts (§ 3) und des Rechts, ein Urteil bestimmten Inhalts (bloße Feststellung, Verurteilung, Rechtsänderung) zu verlangen, durch kurze Ausdrücke zu unterscheiden, ist zweifellos vorhanden. Von anderer Seite[17]) ist für unser Klagrecht der Ausdruck „Urteilsanspruch“ vorgeschlagen. Dabei denkt Langheineken an das Mittel, durch welches das Rechtsschutzbedürfnis des Klägers befriedigt wird, während der von mir angenommene Ausdruck auf das Mittel abstellt, durch welches der Urteilsrechtsschutz verlangt wird. Mir scheint der Ausdruck „Klagrecht“ deshalb empfehlenswerter, weil er bezeichnender ist. Denn eine Klage setzt einen bestimmten Antrag (auf das vom Kläger gewollte Urteil) voraus, und wenn wir sagen, der Kläger habe ein Klagrecht, so drücken wir damit den Gedanken aus, daß er das Recht hat, Gewährung dieses Klagantrags zu verlangen. Gegen den Ausdruck „Urteilsanspruch“ spricht 1. die Gefahr, daß die durch die vielfache Verwendung des Ausdrucks „Anspruch“ ohnehin schon herbeigeführte Verwirrung noch vermehrt wird, 2. der Umstand, daß auch der Kläger, der eine unbegründete Klage angestellt hat, und der Beklagte, gegen den eine begründete erhoben ist, verlangen können, daß das Gericht durch ein Urteil entscheidet (antwortet). Demnach wird die Gefahr, daß der „Urteilsanspruch“ noch mehr mit der bloßen Klagmöglichkeit verwechselt wird, nicht genügend hintangehalten.

Gegen meinen Vorschlag, das infolge der Klagvoraussetzungen vorhandene konkrete Recht auf ein bestimmtes Urteil

---

[16]) Dies die Worte von v. Schrutka a. a. O.

[17]) Von Langheineken, Der Urteilsanspruch.

„Klagrecht" zu nennen, spricht allerdings seine von v. Schrutka betonte Diskreditierung. Diese rührt nur daher, daß man 1. die Klagmöglichkeit als (abstraktes) Klagrecht bezeichnet hat, 2. der gemeinrechtliche Sprachgebrauch, der das durch Klage verfolgbare Privatrecht als Klagrecht zu bezeichnen pflegt. Aber das erste Bedenken beseitigt sich, wenn man an Stelle des jetzt fast allseitig verworfenen abstrakten Klagrechts die Klagmöglichkeit setzt. Das zweite Bedenken habe ich, als ich im Jahre des Inkrafttretens des BGB. den Ausdruck Klagrecht für das Recht, Rechtsschutz durch Urteil zu verlangen, vorschlug, nicht hoch angeschlagen. Denn man durfte wohl die Hoffnung haben, daß der Sprachgebrauch der Juristen dem des BGB. folgen werde, welches den Ausdruck Klagrecht zur Bezeichnung des privatrechtlichen Anspruchs oder eines sonstigen Privatrechts nicht verwendet.[18]) Hält man sich aber hieran, so ist der Ausdruck Klagrecht frei und kann von der Prozeßrechtswissenschaft zur Bezeichnung des Rechts auf Rechtsschutz durch Feststellung, Verurteilung oder Rechtsänderung gebraucht werden. Die Gefahr einer Verwirrung besteht nur dann, wenn man es nicht unterlassen kann, zur Bezeichnung von civilistischen Begriffen prozessuale Ausdrücke zu verwenden. Die reinliche Scheidung zwischen Civil- und Prozeßrecht, die den Römern ganz fern lag, in unserer modernen Reichsgesetzgebung aber durchgeführt ist,[19]) ist einer der größten Gewinne, den die deutsche Rechtswissenschaft der am Ende des 19. Jahrhunderts nach langen Mühen zustande gekommenen Kodifikation des bürgerlichen Rechts verdankt. Unsere Wissenschaft kann ihn aber nur dann wirk-

---

[18]) Über § 1297 BGB. vgl. o. Note 2.

[19]) Ein Schönheitsfehler ist, daß man bei der durch die Kodifikation des bürgerlichen Rechts veranlaßten Durchsicht der älteren Reichsgesetze es unterlassen hat, die Überschrift vor Art. 81 der WO. „Klagerecht des Wechselgläubigers" durch „Ansprüche des Wechselgläubigers" zu ersetzen. Die Art. 81 bis 83 statuieren nur „Verpflichtungen", die dem Wechselgläubiger gegenüber bestehen.

lich nutzbar machen, wenn sie sich dieser Scheidung voll bewußt wird und sie auch in dem Sprachgebrauch bestimmt zu erkennen gibt. Nur dann kann die Unklarheit, die in der gemeinrechtlichen Wissenschaft über die von uns behandelten Fragen herrschte, dauernd beseitigt werden. Nur dann wird es gelingen, die Grenzlinie zwischen dem Privatrecht und dem dem öffentlichen Recht zugehörigen Prozeßrecht so scharf zu ziehen, daß eine große Reihe von Fragen, die auch praktisch von großer Wichtigkeit sind, nicht nur richtig entschieden, sondern auch richtig begründet werden können. Zum Prozeßrecht gehört die Seele des ganzen Prozeßinstituts: das Urteil, sowohl nach seinen Wirkungen als auch hinsichtlich der Voraussetzungen, von denen sein Inhalt und das prozessuale Recht, ein Urteil dieses bestimmten Inhalts zu verlangen, abhängen. Wir dürfen es Klagrecht nennen, weil es völlig unnötig und ganz unrichtig ist, gewisse Arten von Privatrechten, wegen deren das Klagrecht besteht, nicht so wie es das BGB. tut, sondern mit dem früher üblichen Ausdruck „Klagrecht" zu bezeichnen. Diese Bezeichnungsweise ist auch dann nicht zu entschuldigen, wenn man vom Klagrecht „im materiellen Sinne" spricht.

---

§ 6.

3. Arten der Klagrechte.

I. Da das Klagrecht ein rein prozessuales Recht ist, so kann der Gesichtspunkt, nach dem seine Arten bestimmt werden, nur ein rein prozessualer sein. Da ferner das Klagrecht das Recht ist, ein bestimmtes Urteil zu verlangen, so bestimmen sich seine Arten nach dem verschiedenen Inhalt der Entscheidung, auf deren Herbeiführung das Klagrecht gerichtet ist. Danach unterscheiden wir die Klagen auf Feststellung, Verurteilung, Rechtsänderung.

II. Dies ist eine ganz andere Einteilung als die römischen Aktionensysteme, bei denen die Einteilungsgründe sehr verschiedenartig sind.

Die Einteilungen, die auf die Art der Formelkonzeption abstellen und auf dem Gegensatze von jus civile und Amtsrecht beruhen, haben schon bei Justinian, der die alten Namen beibehielt, nur noch historische Bedeutung.[1])

Die Einteilung in actiones in rem und in personam, in actiones bonae fidei und stricti iuris, in actiones rei persecutoriae, poenales und mixtae, in gewöhnliche actiones und actiones populares war im wesentlichen [2]) eine Einteilung, bei der es auf die Art des verfolgten Privatrechts ankam. Dieses und sein Inhalt werden bezeichnet, wenn die Vindikation oder die actio depositi oder actio legis Aquiliae usw. als begründet bezeichnet werden.

III. Bei unserer heutigen Einteilung der Klagrechte kommt diese Verschiedenheit nur noch insofern in Betracht, als die Art des geltend gemachten Privatrechts für die Art des Urteils von Bedeutung ist. Sie ist also völlig bedeutungslos für die Feststellungsurteile: ihre prozessuale Natur ist stets dieselbe,

[1]) Actio civilis — honoraria; actio directa — utilis (ficticia); actio in ius — in factum; actio — condictio; actiones mit oder ohne arbitratus iudicis; Klage im ordo iudiciorum — in der extraordinaria cognitio. Wo im justinianischen Recht von interdictum gesprochen wird, deutet dies nur darauf hin, daß nach früherem Rechte der Prozeßentscheidung das Interdiktenverfahren vorausging.

[2]) Als eine prozessuale Eigentümlichkeit der actiones in rem (einschließlich der hereditatis petitio) erscheint es, daß die intentio nicht auf den Eigentumsanspruch, sondern auf das diesen bedingende Eigentumsrecht abstellte und dieses selbst zum Prozeßgegenstand machte, während die condemnatio nur auf Verurteilung ging. Trotzdem wurde über das Eigentumsrecht entschieden, was namentlich im Falle der absolutio hervortrat und den römischen Juristen Schwierigkeiten bereitete (vgl. l. 17 D. 44, 2). Heute unterscheiden wir scharf 1. den Prozeß über das Eigentumsrecht (der nur ein Feststellungsprozeß sein kann) und 2. den Prozeß über den Eigentumsanspruch, der einem anderen als dem Eigentümer zustehen kann und anderseits trotz bestehenden Eigentums fehlen oder durch Einrederecht entkräftbar sein kann.

mag es sich um absolute oder um obligatorische, um vermögens- oder familienrechtliche Verhältnisse handeln. Dagegen kann eine Verurteilung nur wegen eines Anspruchs ergehen, ein konstitutives Urteil nur wegen eines Rechts auf Rechtsänderung.[3])

IV. Die Rechtsschutzformen, nach denen wir heute die Arten der Klagrechte bilden, sind in ihrer Verschiedenheit den Römern schon bekannt gewesen. Sie haben in den praeiudicia die reinen Feststellungsurteile gekannt, und konstitutive Urteile begegnen uns nicht nur in der adiudicatio, sondern auch in der rescissio testamenti (querela inofficiosi testamenti) und in der restitutio in integrum. Aber diese Formen treten bei den Römern so sehr in den Hintergrund, daß man sie, wenn sie nicht übersehen wurden, doch als Singularitäten betrachtete.

V. Keine verschiedenen Arten der Klagrechte ergeben sich daraus, daß für die Erlangung einer bestimmten Art von Urteil verschiedene prozessuale Wege zur Verfügung stehen, auf denen das Urteil herbeigeführt werden kann. In Frage kommt allein die Verurteilung. Sie kann erzielt werden stets im ordentlichen Prozesse (vor dem Amtsgericht bez. Landgericht), in gewissen Fällen aber auch im Urkundenprozesse oder im Mahnverfahren. In beiden Fällen ist das Klagrecht immer dasselbe; verschieden ist nur der Weg, auf dem es realisiert wird. Das Klagrecht wird dadurch nicht ein anderes, daß seiner definitiven Befriedigung ein Vorbehaltsurteil[4]) oder ein Zahlungs- bezw. Vollstreckungsbefehl[5]) vorausgehen kann. Es gibt also keinen summarischen Urteilsanspruch, kein summarisches Klagrecht.[6])

---

[3]) Vgl. hierüber ausführlicher unten § 9.

[4]) CPO. § 599.

[5]) Dieser steht zunächst einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil, nach Ablauf der Einspruchsfrist aber einem rechtskräftigen Urteil gleich (CPO. 700).

[6]) Vgl. näher m. Anspr. u. Klagr. § 22 a. E.

§ 7.

4. Das Verhältnis von Klagrecht und Klagmöglichkeit. Der Rechtsschutzanspruch des Beklagten.

I. Die Klagmöglichkeit steht jedermann frei, das Klagrecht aber steht nur demjenigen Kläger zu, zu dessen Gunsten die Klagvoraussetzungen begründet sind.

1. Ist der Kläger nun klagberechtigt, so liegt in der Klagerhebung der Gebrauch des ihm zustehenden Rechts, die beantragte Verurteilung, positive oder negative Feststellung oder Rechtsänderung „im Wege der Klage zu verlangen",[1]) also die zur Durchsetzung des ihm zustehenden prozessualen Rechts (gegen den Staat)[1a]) erforderliche Ausübung desselben gegenüber dem angegangenen Gerichte. Eine solche Klage begründet also eine Phase in der Entwicklung des schon vor dem Prozesse vorhandenen[2]) Klagrechts auf Verurteilung usw. und führt zu der Realisierung dieses Rechts (durch Verurteilung usw.), wenn 1. die Klage ordnungsgemäß erhoben ist[3]) und 2. der Beweis der Existenz jenes Rechts erbracht wird.[4])

Zur Begründung der in diesen Sätzen niedergelegten Auf-

---

1) Vgl. diese Worte in CPO. § 323 und dazu oben § 5, III (S. 34 fg.).

1a) Über die Frage, gegen welchen Staat das Klagrecht gerichtet ist, vgl. u. § 9 Note 37.

2) Entsteht das Klagrecht erst im Laufe des Prozesses, so müßte die Klage trotzdem abgewiesen werden, wenn wir noch das altrömische Prinzip hätten, daß es auf die Zeit des Prozeßbeginns ankommt. Wir haben heute aber das Prinzip, daß es auf die Zeit der Urteilsfällung ankommt. Es genügt also, wenn das Klagrecht zu dieser Zeit besteht. Vgl. m. Lehrbuch I § 29.

3) Anders ausgedrückt: wenn den Prozeßvoraussetzungen genügt ist. Vgl. unten § 8.

4) Anders ausgedrückt: wenn die Klagvoraussetzungen (§ 9) auch bewiesen werden (§ 10).

fassung ist es erforderlich, mit einigen Worten näher auf die Bedeutung der Klagerhebung einzugehen.

Nach ihrem Inhalt und ihrer rechtlichen Folge ist sie heute die Beschwerde über eine Rechtskränkung oder Rechtsgefährdung und das Verlangen der richterlichen Hilfe. Sie ist die Anrufung des Rechtsschutzes durch den Kläger. Dieser behauptet, einen Rechtsschutzanspruch auf Verurteilung usw. zu haben, und er macht dieses hier als Klagrecht bezeichnete Recht, welches, wenn es besteht, gegen den Staat gerichtet ist, gegenüber dem konkreten Gerichte geltend, damit dieses der staatlichen Rechtsschutzpflicht in Beziehung auf das zur Aburteilung gestellte Rechtsverhältnis genüge.

Greifbar zeigt sich dies in dem Klagantrag. Diese Urteilsbitte ist die Seele des Klagaktes. Sie muß bereits den Inhalt des Urteils genau bezeichnen,[5]) das von dem Gericht zu Gunsten des Klägers gegen den Beklagten gefällt werden soll. Der Klagantrag ist also eine an das Gericht gerichtete Erklärung. Was der Kläger verlangt, ist die Verurteilung, die Feststellung, die Rechtsänderung. Der Beklagte kann das alles gar nicht gewähren.[6]) Also wäre es sinnlos, wenn sie von ihm zu verlangen wären.

Das vom Gericht zu fällende Urteil muß der Beklagte allerdings über sich ergehen lassen. Aber daß er es muß, ist auch hier nicht die Folge einer dem Kläger gegenüber be-

---

[5]) Dies ist deshalb nicht weniger wahr, weil unser Prozeßgesetz die spätere Erweiterung und Beschränkung des Klageantrags und sonstige Änderungen des Prozeßverhältnisses in weitreichendem Maße gestattet (CPO. 264, 268 Nr. 2, 3).

[6]) Er kann nur die Notwendigkeit der Gewährung der Rechtshilfe hinfällig machen und dies nur insoweit, als er in der Lage ist, das Klagrecht zu beseitigen, z. B. durch Befriedigung des Klägers. (Damit „erledigt" sich nur der Anspruch [genauer: der Streit über den Anspruch], nicht der Prozeß, wie dieser ja auch vorhanden ist, wenn die Klage von vornherein unbegründet war.) Aber nicht diese Befriedigung wird im Urteilsverfahren verlangt, sondern die Verurteilung zu ihr.

stehenden Duldungspflicht.[7]) Die Kraft des Urteils ergreift den Beklagten lediglich wegen der in ihm wirkenden Staatsgewalt. Sie ergreift ihn deshalb, solange das Urteil nicht infolge ordentlicher oder außerordentlicher Rechtsbehelfe aufgehoben ist, ganz ohne Rücksicht darauf, ob die Urteilsgrundlage fehlerhaft ist. Also kann die Klage auch nicht die Bedeutung haben, daß sie eine solche Duldungspflicht geltend mache und deshalb als an den Beklagten gerichtet anzusehen sei.

Es bleibt also dabei: Die Klage ist diejenige Prozeßhandlung, in der das Gericht um Rechtsschutz gegenüber dem Beklagten angegangen wird. Die wahre Adresse dieses prozessualen Gesuchs ist deshalb das Gericht. Der Beklagte wird nur indirekt, nämlich dadurch angegriffen, daß die Gerichtstätigkeit gegen ihn in Bewegung gesetzt wird. Kenntnis von dem Angriff muß er deshalb erhalten, weil er in die Lage gesetzt werden muß, sich dagegen zu verteidigen.[8])

Am deutlichsten tritt diese Natur des Klagaktes auch in der äußeren Form hervor, wenn die Klage mündlich (durch Vortrag an das Gericht) erhoben wird. Und ganz zweifellos ist dies alles bei dem Gesuch um Erlaß eines Zahlungsbefehls, dessen Zustellung ja der des Klaggesuchs ihrer prozessualen

---

[7]) Daß eine solche neben der Verpflichtung des Staates zur Gewährung des zu beanspruchenden Rechtsschutzes bestehe, wird von vielen auch hier (vgl. o. § 3 Note 8) angenommen. Darin liegt ein Anklang an die noch nicht ganz überwundene Theorie des sog. materiellen Klagrechts, welche das einzuklagende Recht (gegen den Gegner) und das Recht, wegen desselben zu klagen (bei dem Gericht), nicht genügend zu unterscheiden vermochte. Die Weismann'sche „Klagbefugnis" soll wieder ausschließlich gegen den Beklagten gerichtet sein (Bd. I, S. 67—70).

[8]) Ich erinnere daran, daß der durch ein Arrest- oder Vollstreckungsgesuch Angegriffene die Kenntnis von dem Angriff überhaupt erst dadurch erhält, daß der Rechtsschutzakt gegen ihn vollzogen wird. Im Urteilsverfahren ist es nur deshalb anders, weil dieses so organisiert ist, daß das Urteil auf Grund zweiseitiger Verhandlung zu fällen ist. Von dem im Mahnverfahren gestellten Rechtsschutzgesuch erhält der Angegriffene erst Kenntnis durch die Zustellung der gerichtlichen Entscheidung (des Zahlungsbefehls).

Bedeutung nach gleichsteht. Bei dem Gesuch um Erlaß eines Arrestbefehls und bei dem Antrag, die staatliche Befehlsgewalt zwecks Vollstreckung zu entfalten, ist es sicher, daß das Gesuch sich an das Gericht wendet, wenngleich die Wirkung des Rechtsschutzaktes sich gegen den Gegner kehrt. Diese Harmonie ist nichts Zufälliges; das Wesen des Prozesses kommt darin zum Ausdruck, wenn man ihn richtig versteht und namentlich die publizistische Natur der Rechtsschutzakte gehörig beachtet.[9])

Erschwert ist die Erkennung der wahren Natur der Klage bei der schriftlichen Klagerhebung 1. materiell dadurch, daß die Einreichung der Klagschrift für sich allein das Prozeßverhältnis noch nicht vollkommen begründet, und 2. formell dadurch, daß es dem Kläger überlassen wird, die Zustellung der Klagschrift zu betreiben. In Beziehung auf den ersten Punkt ist daran zu erinnern, daß die Klagschrift zuerst zum Zweck der Terminsanberaumung bei Gericht einzureichen ist.[10]) Letztere ist keineswegs ein rein äußerlicher Akt,

---

[9]) Als ein Rückfall in die privatrechtliche Auffassung des Prozesses erscheint es mir, wenn Weismann, Lehrb. I S. 69 lehrt, die Klage richte sich nicht gegen das Gericht, sondern gegen den Beklagten. Weismann verwechselt das, was die Klage verlangt (das Urteil) und die Wirkung, die dem Urteil zukommt. Da ist es denn auch kein Wunder, wenn er bei der Bestimmung der Natur seiner „materiellen Klagbefugnis" hin und herschwankt: sie ist „keine rein publizistische", „anderseits aber auch keine rein privatrechtliche" (S. 67)! Das ist das alte gemeinrechtliche Klagrecht in der schlimmsten Gestalt seiner Zwitterbildung. Bezeichnend ist, daß Weismann zum Schluß sagt: „Wie die Beziehung der Klagbefugnis zu dem geltendgemachten Rechte zu denken sei, ob als selbständige mit dem Recht verknüpfte Befugnis, ob in ihm enthalten, ist eine für die prozessuale Betrachtung gleichgültige Frage." (Auch bei der negativen Feststellungsklage?) Würde Weismann nach der unbedingt nötigen bestimmten Antwort auf die Frage gesucht haben, so würde er wohl die Fehler, die m. E. in seinen Bemerkungen S. 71 enthalten sind, vermieden haben.

[10]) Klein, Schuldhafte Parteihandlung S. 4, 5[7], meint, die Klageinreichung sei ein Akt, bei dem es nur „auf einen bestimmten äußeren Effekt, auf eine Veränderung des bisherigen Verhältnisses zweier Objekte der Außenwelt abgesehen ist" und bei dem es sogar gleichgültig sei, ob ein Dritter, der

sondern in ihr liegt die gerichtliche Zulassung[11]) der Klage zur Zustellung der Klagschrift und zur demnächstigen Verhandlung und Entscheidung. Hierdurch gewährt das Gericht dem Kläger erst die Möglichkeit, die Zustellung zu betreiben. Mit diesem Parteibetrieb hängt es auch zusammen, daß die Ladung die ganz verkehrte Form einer vom Kläger ausgehenden Aufforderung erhalten hat.

Dem gegenüber ist zu betonen, daß die Klage in allen Fällen sachlich die gleiche rechtliche Bedeutung hat. Sie kann nicht verschieden sein, je nachdem die Klage in dieser oder jener Form erhoben wird.[12])

Der Antrag auf Erteilung des Rechtsschutzes (durch Verurteilung usw.) ist also das, was das Wesen der Klage ausmacht. Für dieses kommen andere Erklärungen, welche schon in die Klagschrift aufgenommen werden können und auf eine civilistische Wirkung abzielen, nicht in Betracht, noch weniger aber die materiellrechtlichen Wirkungen, die sich an

---

ihn vornimmt, zum Prozesse legitimiert oder zur prozessualischen Vertretung befähigt sei". Es sollte wirklich gleichgültig sein, ob ich selbst oder durch Stellvertreter die Klagschrift einreiche bezw. durch Boten einreichen lasse, oder ob jemand die Klagschrift hinter meinem Rücken dem Gericht übergibt? — Die richtige Auffassung verteidigt schon Weizsäcker ZZP. Band 27 S. 29 fg. —

[11]) Ob die Zulassung aus mehr oder weniger zahlreichen Gründen versagt werden kann, ist für unsere Frage gleichgültig, ebenso auch, daß eine Vorprüfung der Schlüssigkeit, wie sie nach gemeinem Recht stattfand und heute beim Gesuch um einen Zahlungsbefehl (§ 691) noch stattfindet, ausgeschlossen ist.

[12]) Dies ist hier gerade so, wie entsprechend bei den Rechtsmitteln und dem Einspruch. Ihre Natur als ein an das Gericht gerichtetes Gesuch kommt bei der Beschwerde auch in der Form (Einreichung bei Gericht) richtig zum Ausdruck. In den anderen Fällen führt der in dieser Hinsicht verfehlte Parteibetrieb zu derselben Verdunklung der Rechtslage. Da er hier auch praktisch zu unerträglichen Resultaten geführt hat, dürfen wir hoffen, daß er bald durchweg offen (vgl. CPO. § 207 II 1) beseitigt wird. (Vgl. m. Ausführung in der DJZ. 1904 Nr. 8.) Im Falle des § 7 EG. zu CPO. geschieht die Einlegung der Revision schon durch Einreichung der Schrift bei Gericht. Der jetzt in Beratung befindliche Entwurf will es bezüglich der Revision verallgemeinern.

die Tatsache, daß die Rechtshängigkeit eingetreten ist, kraft Gesetzes anknüpfen.[13])

Prozeßrechtlich ist die Klagerhebung nichts anderes als diejenige Prozeßhandlung, welche das Prozeßverhältnis erzeugt, also die Entscheidungspflicht des Gerichts begründet und den Gegner in die Beklagtenrolle hineinzwingt. Als Klage ist diese Prozeßhandlung jedenfalls kein civilistisches Rechtsgeschäft.[14])

2. Ist der Kläger nicht klagberechtigt, so liegt in der Klagerhebung

a) gegenüber dem Gerichte die Anrufung einer Rechtsschutzpflicht, die in Wahrheit nicht besteht, also nicht erfüllt zu werden braucht, ja nicht erfüllt werden darf,

b) gegenüber dem Beklagten eine falsche Rechtsberühmung oder Rechtsbestreitung,[15]) wodurch er seinerseits einen Rechtsschutzanspruch erhält.[16]) Dieser geht auf Zurückweisung

---

[13]) Alle diese materiellrechtlichen Wirkungen treten einerseits ganz unabhängig von dem Inhalt der Erklärungen des Klägers und von seinem Willen ein, anderseits aber — im Gegensatz zu den Folgen der §§ 263/5 CPO. — nur dann, wenn die Klage begründet ist und zum Siege des Klägers führt. Die Ausnahme des § 212 BGB. bestätigt die Regel.

[14]) Kohler, Enzyklopädie II S. 104 lehrt, die Klage sei ein „Rechtsgeschäft, welches die Rechtshängigkeit bewirkt mit ihren civilrechtlichen und prozessualischen Folgen". Das ist mindestens irreführend. Wenn aber Kohler fortfährt: „Eine unsittliche Klage kann ohne weiteres als unsittliches Geschäft zurückgewiesen werden (vgl. § 138 BGB.)", so ist diese Anwendung civilistischer Grundsätze auf Prozeßhandlungen auf das entschiedenste zurückzuweisen. Die Prozeßhandlungen folgen ihren eigenen Regeln; man schlägt das Prozeßrecht in die „civilistischen Fesseln", wenn man sie unter die Regeln des Civilrechts stellt. Eine „unsittliche" Klage kann nur die Klage aus einem unsittlichen Geschäft sein. Eine solche wird als unbegründet zurückgewiesen, weil aus solchem Geschäft kein Anspruch entstehen kann. Nicht aber ist die Klage „nichtig".

[15]) Dies bei der negativen Feststellungsklage.

[16]) Bülow Zeitschr. 31 S. 261 meint, an diesem Punkte werde die Unhaltbarkeit unserer Theorie besonders deutlich offenbar. Er sagt dies, obwohl er in Note 6 anerkennt, daß die von mir im Lehrbuche gegebene Darlegung

der Klage. Man denke z. B. an eine Klage, in welcher der Kläger aus einer längst getilgten Darlehnsforderung auf Verurteilung klagt oder die Feststellung seines Erbrechts verlangt, während der Beklagte der verus heres ist. Würde solche Rechtsbehauptung außergerichtlich aufgestellt sein und den Gegner in seiner Rechtsstellung gefährden, so hätte dieser ein Feststellungsklagrecht gegen den sich des Rechts fälschlich Berühmenden; er wäre berechtigt, gegen ihn die negative Feststellungsklage zu erheben.[17]) Sieht man von der Parteistellung

„dem wahren Sach- und Rechtsverhalt allein entsprechend" sei. Im Texte zu dieser Note oben meint er, man sei hier, wo es die folgerichtige Durchführung unserer Theorie gälte, wieder genötigt gewesen, ihr untreu zu werden. Das „wieder" bezieht sich wohl darauf, daß wir nicht die Konsequenz ziehen, der Richter müsse, ohne daß Klage erhoben sei, die Verurteilung usw. aussprechen. Hier findet er die Untreue darin, daß wir nicht einen vorprozessualen Freisprechungsanspruch des Beklagten anerkennen und über diesen nicht „eine ebenso vollwichtige Theorie" entwickeln. Wie aus den Ausführungen des Textes (vgl. auch m. Lehrb. S. 145 nach Note 6) hervorgeht, ist der zweite Einwurf ebenso unmotiviert, wie der erste, bereits oben § 3 Note 11 in seiner ganzen Haltlosigkeit nachgewiesene. — Kohler Zeitschr. 33 S. 216 führt (wohl zur Bekämpfung unserer Theorie) an, daß wir ebensogut, wie man einen Rechtsschutzanspruch des mit einem Civilrechte versehenen Klägers behauptet, auch einen Anspruch des Beklagten auf Klagabweisung im Falle der Nichtexistenz des klägerischen Rechts annehmen müßten. (Das müßten wir nicht nur, sondern wir haben es getan.) Kohler fährt dann fort: „Man müßte auch hier sagen: Der Richter darf nicht erklären: „Der Kläger hat kein Recht, und trotzdem verurteile ich den Beklagten; etwa aus Mitleid oder weil eine moralische Pflicht des Beklagten vorliegt." Ich verstehe es nicht, aus welchem Grunde Kohler solche Sätze über das, was der Richter nicht tun darf, aufstellt. Die Situation wird doch durch den einfachen positiven Satz geklärt: der Richter hat die Klage abzuweisen, wenn er sie als unbegründet erkannt hat.

[17]) Kohler Zeitschr. 33 S. 217 führt als Grund gegen unsere Theorie an, daß wir sagen müßten: „im Falle des Nichtrechts hat der, der ein Interesse an der Feststellung des Nichtrechts hat, einen Rechtsschutzanspruch gegen den Staat". Das sagen wir allerdings, befinden uns damit aber im Einklang mit dem Gesetz (§ 256). Es ist unzutreffend, wenn Kohler meint, daraus ergäben sich „Anspruchsknäule", ein „Gewirr von Ansprüchen".

ab, so ist, wenn der Gegner die Klage bereits erhoben hat, die prozessuale Rechtslage genau so, wie in dem ersten Falle. Der Unterschied beruht lediglich 1. darin, daß die falsche Rechtsberühmung in der Klage in einer so bedrohlichen Form auftritt, daß an dem Feststellungsinteresse des Beklagten nicht gezweifelt werden kann; sodann 2. darin, daß der mit Unrecht Verklagte einen Antrag auf Zurückweisung der Klage nicht zu stellen braucht. Vielmehr muß das Gericht den sich als unbegründet darstellenden Angriff auch von Amts wegen zurückweisen.[18])

Dies erklärt sich sehr einfach[19]) schon daraus, daß der Prozeß entschieden werden muß und, wenn eine Verurteilung usw. des Beklagten nicht ergehen darf, nur mit der in der Klagabweisung liegenden Feststellung, daß die Klage unzu-

---

Wie man davon sprechen kann, ist mir nicht verständlich. Die Sachlage ist wirklich sehr einfach. Bin ich der Gläubiger, so habe ich, wenn ich ein Interesse an der Feststellung meines Rechtes habe, ein Recht auf diese. Berühme ich mich aber einer Forderung, ohne sie zu haben, so hat der dadurch gefährdete angebliche Schuldner (also der Nichtverpflichtete!) ein Klagrecht auf Feststellung meines Nichtrechtes. Daraus macht Kohler den Satz: „Also nicht nur (!) der Berechtigte, sondern auch (!) der Nichtberechtigte (!) hat Ansprüche", und so hat er die „Anspruchsknäule" konstruiert. Bei Kohler kann man also zugleich Berechtigter und Nichtberechtigter sein! Für alle diejenigen Juristen, für die das nicht möglich ist (wohl auch für Kohler, wenn er nicht gerade den Rechtsschutzanspruch bekämpft), sind solche „Anspruchsknäule" nicht denkbar.

[18]) Nach § 331 II ist dies zweifellos. Denn wenn die Zurückweisung sogar dann erfolgen muß, wenn der Beklagte im Termin ausgeblieben ist, so muß sie natürlich um so mehr geschehen, wenn er sich irgendwie verteidigt hat. Aus dem Gesagten folgt zugleich, daß der reine Zurückweisungsantrag im Anwaltsprozeß niemals deshalb unberücksichtigt bleiben darf, weil er nicht in der von § 297 CPO. vorgeschriebenen Form gestellt ist. Die Verlesung ist nur nötig bei anderen Anträgen.

[19]) Bülow Zeitschr. Bd. 31 S. 263 findet es unerklärlich. Die im Texte folgenden Erörterungen zeigen, daß die von Bülow konstruierten Schwierigkeiten gar nicht bestehen, und daß wir der von ihm uns spottweise zur Verfügung gestellten Erklärungsmittel nicht bedürfen.

lässig [20]) oder unbegründet ist, enden kann. Aber das Gesagte folgt auch schon aus dem auf S. 47 unter a hervorgehobenen Gesichtspunkte.

Die Beachtung desselben, die Besinnung darauf, daß die Klage die staatliche Rechtsschutzpflicht behauptet und als eine angeblich bestehende geltend macht, ergibt auch nach anderer Seite hin wichtige Konsequenzen. Zwar hat der Staat daran, ob das abzuurteilende Rechtsverhältnis, bezüglich dessen der Rechtsschutz nachgesucht wird, bestehe, kein Interesse, und deshalb hat das Gericht, wenn der Beklagte die vom Kläger aufgestellte materielle Rechtsbehauptung zugesteht, ihre Wahrheit nicht weiter zu prüfen (§ 307). Ganz anders aber verhält es sich mit der Prüfung der weiteren Frage, ob die staatliche Rechtsschutzpflicht in Beziehung auf das abzuurteilende Rechtsverhältnis begründet ist oder ob der Kläger die Staatsgewalt mit Unrecht zu seinen Gunsten in Bewegung zu setzen versucht. Hier handelt es sich um das Verhältnis des Klägers zum Staate,[21]) und in dieser Beziehung hat dessen Organ von Amts wegen zu prüfen, ob die Rechtsschutzpflicht aus den vom Kläger bewiesenen oder vom Beklagten zugestandenen Tatsachen zu folgern ist.[22])

II. Die Entstehung des Prozeßverhältnisses ist nicht davon abhängig, daß die Klage begründet ist.

1. „Das Recht auf Rechtsschutz hat bestimmte Voraus-

---

[20]) Ergeht die Klagabweisung in diesem Sinne oder ist Prozeßabweisung (wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung) erlassen, so braucht der Beklagte die Wiederholung der Klage nicht abzuwarten, sondern kann bei genügendem Feststellungsinteresse mit selbständiger Klage vorgehen, um die Feststellung zu erlangen, die er schon in jenem Prozeß erlangt hätte, wenn zur Hauptsache hätte entschieden werden können.

[21]) Nach der hier vertretenen Ansicht kehrt sich das Klagrecht lediglich gegen den Staat, nicht gegen den Beklagten. Vgl. o. S. 44[7].

[22]) Vgl. über diese zum Teil bestrittenen Fragen m. Lehrb. I S. 165/6 cum cit., dazu noch Hegeler, Anerkenntnis und Verzicht (1903), Weismann I S. 375.

setzungen, nach deren Vorhandensein ganz ohne Rücksicht auf das Verfahren, in dem die Existenz jenes Rechts zu prüfen ist, gefragt werden kann und gefragt werden muß. Diese Bedingungen werden hier, soweit es sich um den Rechtsschutz durch Urteilsfällung handelt, Klagvoraussetzungen genannt. Sind sie vorhanden, so besteht das Klagrecht als das Recht darauf, daß ein bestimmtes Rechtsschutzinteresse durch das dazu geeignete Urteil befriedigt werde. Fehlen sie, so ist dem Beklagten Rechtsschutz durch Klagabweisung zu erteilen." „In dem weiteren vierten Buche (meines Lehrbuchs) handelt es sich um die Frage, wie ein (behauptetes) Klagrecht geltend zu machen ist. Durch die Klage wird stets (nicht nur dann, wenn die Voraussetzungen für die Fällung einer sachlichen Entscheidung gegeben sind) das Prozeßverhältnis zwischen dem Kläger und dem Beklagten einerseits und dem angegangenen Gericht anderseits begründet; durch das Urteil über das Rechtsschutzgesuch findet es seinen Abschluß. Hier handelt es sich um die Aufstellung der entgegengesetzten Rechtsbehauptungen und um die Art und Weise, wie die Grundlage für die Entscheidung darüber zu gewinnen ist, ob gemäß den Grundsätzen, die in der jetzt erscheinenden Abteilung des Lehrbuchs im einzelnen dargestellt sind, zu Gunsten des Klägers oder des Beklagten zu entscheiden ist."

Ich setze diese Worte aus der Vorrede (Seite VII) zu meinem Lehrbuch unter Verweisung auf die gleichlautenden Ausführungen auf Seite 145, 147 hierher, um in das richtige Licht zu setzen, was es bedeutet, wenn Bülow in seiner Bekämpfung meiner Lehre diese dahin charakterisiert,[23]) daß sie „einen aus materiellrechtlichen und prozeßrechtlichen Elementen zusammengesetzten Prozeßrechtsbegriff[24]) als Vorbedingung des **Prozesses** und der Gerichtsentscheidung hinstellt", und wenn er sagt: „Nach dieser Ansicht müßten die unzähligen

[23]) ZZP. Band 31 S. 259.

[24]) Gemeint ist wohl der Begriff des Klagrechts.

Prozesse, in deren Verlauf es sich herausstellt, daß dem Kläger ein solcher Anspruch nicht zusteht, . . . gänzlich ins Leere fallen." [25])

Hier ist es wiederum greifbar, daß Bülow sich nicht von der Auffassung loszumachen versteht, unser konkretes Klagrecht sei identisch mit der (abstrakten) Klagmöglichkeit. Nein und abermals nein! Das Klagrecht bedingt nicht den Prozeß, sondern der Prozeß ist da, wenn der Kläger durch seinen Klagantrag ein bestimmtes Urteil zwecks Rechtsschutzes nachgesucht hat. Ob das von ihm behauptete Klagrecht wirklich besteht, das ist gerade die in dem Prozesse zu entscheidende Frage. [26]) Bei ihr kommt es nach unserem heutigen Prozeßrecht auf die Zeit der Urteilsfällung und nicht auf die Zeit der Klagerhebung an, so daß der Kläger, wenn inzwischen das Klagrecht entstanden

---

[25]) Auf demselben Mißverständnis beruhen die „Widerlegungen" Kohlers. Gegen das von ihm ZZP. 33 S. 212 Gesagte ist folgendes zu erwidern. Er meint, es sei nur besseres Deutsch, wenn wir an Stelle des Rechtsschutzanspruchs einen Rechtsverwirklichungsanspruch setzen. (Das sagt an dieser Stelle derselbe Autor, der sonst die Ansicht verficht, daß alle Urteile Feststellungsurteile sind!) Dann schließt er: „Wäre es richtig, daß der Prozeß Rechtswirklichung wäre, dann müßte ein Prozeß, der nicht zur Rechtswirklichung führt, — — eben nicht Prozeß sein. . . . Damit ist der Rechtsschutzanspruch von selber erledigt." Wirklich?

[26]) In diesem Satze (z. B. Lehrb. I S. 3[11]) und in der Lehre, daß das Klagrecht schon vor dem Prozeß existiert (wenn die von mir als Klagvoraussetzungen bezeichneten Voraussetzungen schon vor der Klagerhebung vorhanden sind), findet Bülow ZZP. 31 S. 257 einen Widerspruch, den er trotz eifrigsten Bemühens nicht zu lösen vermocht habe. Ich muß gestehen, daß ich trotz eifrigen Bemühens den angeblichen circulus vitiosus nicht habe auffinden können. (So ist es auch v. Schrutka a. a. O. und anderen von mir privatim befragten Juristen gegangen.) Vielleicht erklärt sich Bülows Argumentation daraus, daß er mir die Meinung unterlegt, Klagrecht und Klagmöglichkeit seien identisch (s. o. bei Note 24), oder daraus, daß er etwa in dem Satz des Textes gesagt findet, die Existenz des Klagrechts sei vor dem Prozeß noch nicht gewiß, wobei mein verehrter Gegner objektive und subjektive Gewißheit, Existenz desselben und Feststellung seiner Existenz durch das Gericht verwechseln würde.

ist, siegt und, wenn in der Zwischenzeit eine Klagvoraussetzung weggefallen ist, unterliegt, weil er jetzt das Klagrecht nicht mehr hat.[27])

Der Prozeß ist ein Kampf um das Recht, oder er kann es doch sein. Kämpfen die beiden Parteien, so kann doch nur eine von ihnen das Recht auf ihrer Seite haben. Wer im Recht ist, das soll die Verhandlung und Beweisaufnahme klarstellen. Darüber, wie dies zu geschehen hat, gibt die Lehre von der Entwicklung des Prozeßverhältnisses (§ 10) Auskunft.

---

5. Prozeßvoraussetzungen und Klagvoraussetzungen.

§ 8.

a) Prozeßvoraussetzungen.

I. Der Begriff der Prozeßvoraussetzung ist gesetzlich nicht festgelegt. Bülow gebührt das große Verdienst, ihn in die Prozeßrechtswissenschaft eingeführt zu haben. Er versteht darunter „die Erfordernisse für die Zulässigkeit, die Vorbedingungen für das Zustandekommen des ganzen Prozeßverhältnisses",[1]) die „Existenzbedingungen für das Prozeßverhältnis", „die Erfordernisse rechtsgültigen Zustandekommens des Prozeßverhältnisses".[2])

---

[27]) In diesem Satze, den ich in m. Lehrb. I § 27 ausführlich begründet habe, findet Bülow ZZP. 31 S. 236 eine Widerlegung meiner eigenen Lehre und eine Bestätigung seines Satzes, daß ein Anspruch auf Verurteilung höchstens erst nach Schluß der Verhandlung anzuerkennen sei. Der Einwurf widerlegt sich durch das im Texte und in Note 26 a. E. Gesagte. Gegen Bülow auch schon sehr treffend v. Schrutka a. a. O.

[1]) Lehre von den Prozeßeinreden S. 6.

[2] ZZP. Band 27 S. 236.

Unter Prozeß wird hier im Anschluß an die römische Auffassung nur dasjenige Verfahren verstanden, das zu einer Entscheidung in der Hauptsache führt. Die Vorstellung ist also, daß, wenngleich das Gericht mit einem Streite befaßt ist, ein Prozeßverhältnis dann überhaupt nicht vorhanden ist, wenn eine Entscheidung zur Hauptsache nicht gefällt werden kann.[3])

Demgegenüber ist zunächst zu betonen, daß die Prozeßvoraussetzungen jedenfalls nur das Dürfen, nicht das Können des Gerichts beschränken. Das Urteil, das trotz Fehlens einer Prozeßvoraussetzung ergangen ist, ist wirksam, wenn es rechtskräftig geworden ist. Das Fehlen kann nur einen Grund für die Anfechtung durch Rechtsmittel abgeben; nur ganz wenige Verstöße berechtigen zur Anfechtung (durch Nichtigkeitsklage), wenn das Urteil rechtskräftig geworden ist (§ 579 Nr. 4).

Aber auch hiervon abgesehen ist die ganze Auffassung nicht zu billigen. Sie beruht auf der eigenartigen Gestaltung des römischen Formularprozesses und kann, auch wenn sie für diesen zutrifft, auf den heutigen Prozeß nicht übertragen werden. Die prozessuale Rechtsbeziehung zwischen dem Gericht und den Parteien ist auch dann vorhanden, wenn die Verhandlung zu einer Beendigung des Prozesses durch Prozeßabweisung (absolutio ab instantia, Abweisung angebrachtermaßen) führen muß.[4]) Für jene Rechtsbeziehung gelten heute

---

[3]) Weismann, Hauptintervention S. 117[22a] bezeichnet die Prozeßvoraussetzungen als die Voraussetzungen, „unter welchen die Klage den Prozeß begründet". (Richtiger jetzt Lehrb. I § 89, XI.) Stein, Erl. I zu § 274 und in Birkmeyers Enzyklopädie § 6 spricht beim Mangel einer Prozeßvoraussetzung nur von einer „tatsächlichen Existenz des Prozesses", verneint aber seine „rechtliche Existenz". Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis S. 52 sagt, daß beim Mangel einer Prozeßvoraussetzung „die Klagerhebung nichtig sei und keinen Prozeß (!) engagiere; es tritt daher auch kein Prozeßverhältnis ein".

[4]) Daß der Verhandlung zur Hauptsache eine Verhandlung über die Frage, ob es zur Entscheidung über die Hauptsache kommen darf, vorausgehen kann und im landgerichtlichen Verfahren unter gewissen Umständen und in

alle diejenigen Grundsätze, die überhaupt für die Entwicklung des Prozeßverhältnisses maßgebend sind. So tritt auch dann die Rechtshängigkeit ein; es kann das Verfahren zum Stillstand kommen; es kann eine Succession in der Parteistellung eintreten; es besteht die Notwendigkeit, daß das Gericht durch ein Endurteil die Rechtshängigkeit beendigt.

Kann dies nicht geleugnet werden, so ergibt sich, daß man die Prozeßvoraussetzungen (im Sinne der herrschenden Lehre) nicht als Voraussetzungen für die Existenz des Prozeßverhältnisses auffassen darf. Vielmehr könnten sie nur als die Voraussetzungen dafür bezeichnet werden, daß das Gericht eine Entscheidung zur **Haupt**sache fällen darf.[5])

II. In dem eben bezeichneten weiten Sinn den Ausdruck Prozeßvoraussetzung zu nehmen,[6]) ist nicht üblich und auch nicht empfehlenswert. Vielmehr müssen die Voraussetzungen

---

gewissen Fällen vorausgehen muß, kann für die bekämpfte Auffassung nicht angeführt werden. Tritt jene Eventualität ein, so handelt es sich nur um die Art der Abwicklung des Prozeßverhältnisses. Bezeichnet man das Verfahren, welches jene erste Frage betrifft, als Vorverfahren und das Verfahren, in dem zur Hauptsache verhandelt wird, als Hauptverfahren (so Wach I § 3, II), so ist doch nicht nur das letztere Prozeß. Mochten auch die Römer den Prozeßbeginn erst von der vollzogenen Litiskontestation an rechnen, so kann das eben bezeichnete Vorverfahren doch nicht auf eine Stufe mit dem Verfahren in iure gesetzt werden. Man beachte auch, daß die Prozeßabweisung auch dann noch eintreten kann, nachdem der Beklagte vorbehaltlos zur Hauptsache verhandelt hatte.

[5]) Der Entw. I des BGB. verwendete in § 171 den Ausdruck „Prozeßvoraussetzungen". Das BGB. § 212 vermeidet den Ausdruck und spricht sachlich gleichbedeutend von einem Urteil, das „nicht in der Sache selbst (= Hauptsache) entscheidet."

[6]) Dann müßte man auch das Feststellungsinteresse oder das Vorhandensein des in §§ 257/9 CPO. geforderten Rechtsschutzgrundes zu den Prozeßvoraussetzungen zählen. Ebenso müßte man, wenn die Ehefrau entgegen dem § 1400 II BGB. Klage erhebt, oder wenn der Gemeinschuldner ein zur Masse gehöriges Recht gerichtlich geltend macht, die Klage wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung abweisen. Vgl. § 9 a. E.

die erforderlich sind, damit klaggemäß erkannt oder zur Hauptsache (als „unbegründet") abgewiesen werden kann, in zwei große Klassen geschieden werden,[7] von denen ich für die eine den Namen Prozeßvoraussetzungen reserviere, für die andere die Bezeichnung Klagvoraussetzungen vorgeschlagen habe.

Der durchgreifende Unterschied zwischen diesen beiden Klassen von Rechtsschutzbedingungen liegt in folgendem.

1. Die Prozeßvoraussetzungen (in dem hier vorgeschlagenen engeren Sinne) haben gemeinsam, daß beim Fehlen einer von ihnen jede sachliche Entscheidung abgelehnt werden muß. Der Prozeß muß so enden, daß weder über die Hauptsache, noch auch über die Zulässigkeit (Statthaftigkeit) der Klage (d. h. nur über das Klagrecht) eine Entscheidung gefällt werden darf. Es ergeht eine Entscheidung (in der Form des Endurteils), aber sie lautet weder zu Gunsten des Klägers, noch zu Gunsten des Beklagten.[8] Deshalb empfiehlt es sich, in diesen Fällen den Namen Klagabweisung überhaupt zu vermeiden und in ihnen den bezeichnenden Ausdruck Prozeßabweisung zu gebrauchen.

Eine solche muß ergehen, wenn der Akt und die Art der Klagerhebung einen wesentlichen Mangel zeigt. Um sie zu vermeiden, ist erforderlich:

a) Daß der Kläger, falls er selbst handelt, prozeßfähig ist[9]) oder daß der in seinem Namen handelnde Vertreter die

---

[7]) Daß Unterschiede bestehen, gibt auch Bülow, Zeitschr. 31 S. 254[5] zu, er behält sich aber eine nähere Untersuchung darüber vor, wie weit sie reichen. Was er S. 255 gegen mich vorbringt, beruht, wie schon v. Schrutka a. a. O. nachgewiesen hat, auf Mißverständnissen. Vgl. o. § 7, Note 26, 27.

[8]) Von einem Vorteil des Beklagten könnte hier nur insofern die Rede sein, als die sachliche Entscheidung (also auch die Vollstreckung!) hinausgeschoben wird. Dieser Vorteil erwächst aber nicht aus dem Inhalt des Endurteils, sondern resultiert lediglich aus dem Unterbleiben einer sachlichen Entscheidung.

[9]) Die Frage, ob der (prozeßfähige) Kläger — z. B. der klagende nicht rechtsfähige Verein, die ausländische Klosterperson — die Parteifähigkeit besitzt, ist ganz anderer Art. Vgl. u. § 9 S. 66fg.

Vertretungsmacht (legitimatio ad processum) besitzt,[10]) und daß im Anwaltsprozeß der Klagschriftsatz von einem bei dem Prozeßgericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet ist.

b) Daß die Zustellung der Klagschrift entweder an den prozeßfähigen Beklagten **oder** an seinen gesetzlichen Vertreter **oder** an einen von jenem bzw. diesem dazu bevollmächtigten Vertreter geschehen ist.

c) Daß der äußere Akt der Zustellung in den gesetzlich als wesentlich vorgeschriebenen Formen vollzogen ist.[11])

d) Daß die Klagschrift denjenigen Inhalt hat, der in § 253 II als wesentlich vorgeschrieben ist.

e) Daß die Prozeßart zulässig, die von dem Kläger vorgenommene Klagenverbindung statthaft und, falls eine Widerklage erhoben wurde, diese Art der Klagerhebung nicht verboten ist.[12])

f) Daß der Kläger das allein oder neben anderen zuständige Gericht gewählt hat.[13])[14])

Alle diese Voraussetzungen haben folgende Eigenschaften gemeinsam, die es notwendig machen, sie unter einem einheitlichen Gesichtspunkt zu betrachten, und es rechtfertigen, sie unter einem gemeinsamen Namen zusammenzufassen.

---

[10]) Kraft Bevollmächtigung (durch den prozeßfähigen Kläger) oder als gesetzlicher Vertreter.

[11]) Es ist wohl zu scheiden: 1. Fehlen der Zustellung und 2. Mangelhaftigkeit der ausgeführten Zustellung derart, daß diese geheilt werden kann (vgl. z. B. § 187 und generell § 295).

[12]) Vgl. z. B. §§ 595 II, 615 II.

[13]) Etwas ganz anderes ist es, wenn die deutsche Gerichtsbarkeit fehlt (sei es, weil der Beklagte ein Exterritorialer ist, sei es in Fällen, wie § 606 IV CPO., sei es, weil kein deutsches Gericht zuständig ist). Hier fehlt eine Klagvoraussetzung, vgl. § 9 Note 37.

[14]) Zu den Voraussetzungen der im Texte aufgezählten Art (auch nicht zu den Klagvoraussetzungen) zählt nicht die vielfach zu den Prozeßvoraussetzungen gerechnete Fähigkeit des Richterpersonals, mit dem die angegangene Gerichtsbehörde besetzt ist. Sie ist für die Fortentwicklung des Prozeßverhältnisses, nicht für die Entstehung von Bedeutung.

a) Ihr Mangel hat die gleiche Folge: Prozeßabweisung.

b) Der Kläger kann diese unter allen Umständen vermeiden, da es sich nur um Erfordernisse von Prozeßhandlungen handelt. Er vermeidet sie dadurch, daß der korrekte modus procedendi gewählt wird.[15]

c) Aus dem gleichen Grunde kommt es bei der Frage, ob der hier fraglichen Art von Voraussetzungen genügt ist, prinzipiell auf den Augenblick an, in dem die fragliche Prozeßhandlung vorgenommen wurde,[16] also nicht auf die Zeit der Urteilsfällung. Lagen sie zu jener Zeit vor, so ist die Handlung wirksam vorgenommen, und deshalb ist es stets und unbedingt irrelevant, wenn die Verhältnisse sich so ändern, daß die Handlung unter den späteren Umständen nicht so hätte vorgenommen werden können, wie es (gültig) geschehen ist. Auch die Zuständigkeit bleibt bestehen, wenn sie bei Begründung des Prozeßverhältnisses vorhanden war (§ 263). Ist dem fraglichen Erfordernis nicht genügt, so wird die Prozeßabweisung nur dann vermieden, wenn der Mangel des Klagerhebungsakts heilbar ist und geheilt wird.[17]

---

[15]) Ganz anders bei den prozessualen Klagvoraussetzungen (S. 63 fg.). Sie richten sich nach der konkreten Rechtslage (Parteifähigkeit, Zulässigkeit des Rechtsweges, inländische Gerichtsbarkeit, Sachlegitimation und Prozeßführungsrecht, Rechtsschutzinteresse), also nach Umständen, die nicht von dem Willen des Klägers abhängen.

[16]) Hierin liegt der durchgreifende Unterschied von allen anderen Voraussetzungen, die für den Inhalt des Urteils in Betracht kommen (meinen „Klagvoraussetzungen").

[17]) Auf die Einzelheiten, die in dieser Hinsicht gelten, braucht hier nicht eingegangen zu werden. Nur darauf mag hingewiesen werden, daß die Möglichkeit der Heilung in viel weiterem Umfange besteht, als gewöhnlich angenommen wird. Auf dem richtigen Wege ist die erfreuliche Entscheidung RG. 52 Nr. 36.

§ 9.

b) Klagvoraussetzungen.

I. Unter diesem Namen fasse ich die Voraussetzungen der erfolgreichen Klage zusammen, also die Voraussetzungen, die in Beziehung auf die konkrete Rechtslage vorhanden sein müssen, um eine bestimmte Verurteilung, eine positive oder negative Feststellung hinsichtlich eines konkreten Rechtsverhältnisses, oder eine Rechtsänderung verlangen zu können.[1]) Diese Voraussetzungen bedingen also, wie ich wegen der ewigen Mißverständnisse nochmals wiederhole, nicht die Klagmöglichkeit, sondern die Existenz des konkreten Klagrechts. Sie sagen uns nicht, wann ein Prozeßverfahren möglich ist, sondern wie in einem anhängig zu machenden oder anhängig gemachten Prozeß die Rechtslage sein muß, damit die Klage als mit Recht angestellt erscheint, also ein Urteil des oben bezeichneten Inhalts zu fällen ist. Diese Lehre gibt die Auskunft darüber, welche Tatsachen für die sachliche Entscheidung relevant sind und zum Beweis verstellt werden müssen, wenn sie streitig sind.

Eine solche Lehre existiert. Wie könnte denn sonst der Rechtsanwalt eine Antwort geben nicht nur auf die Frage, ob ein Rechtsverhältnis existiert und welchen Inhalt es hat, sondern auch auf die Frage, ob und wie[2]) die von ihm als vorhanden erkannten Rechte geltend gemacht können, oder wie er vorzugehen hat, um den Anfragenden vor den als ungerechtfertigt

---

[1]) Wie falsch die Vorstellung ist, die Kohler, Enzyklopädie II S. 107 über die Bedeutung meiner Klagvoraussetzungen zeigt, wurde oben § 1 Note 16a bereits dargelegt.

[2]) Rechtsweg oder Verwaltungsweg? Ordentlicher Civilrechtsweg oder Weg des Strafprozesses (Buße, Vernichtung von Nachdrucksexemplaren)? Klage auf Feststellung? Auf gegenwärtige oder künftige Leistung? Gegen den Ehemann oder gegen die Frau? Gegen den Erben oder den Testamentsvollstrecker? Gegen den Verein oder die Vereinsmitglieder?

erkannten Rechtsprätentionen des Gegners zu schützen? Es ist dieselbe Frage, die die römischen Juristen tausendfach in ihren Responsen entschieden haben, wenn sie zu dem Ergebnis kommen: actio competit oder non competit. Es ist die Frage, die die kaiserlichen Reskripte unter der Voraussetzung: si preces tuae veritati nituntur, in derselben Weise beantworten.[3]) Es ist dieselbe Frage, die heute jeder um ein Gutachten angegangene Jurist in Beziehung auf einen anhängigen oder beabsichtigten Prozeß sich vorlegt und beantwortet, und die er dabei stets von zwei anderen Fragen scharf unterscheidet. Diese andere Frage ist einmal: kann die anfragende Partei die von ihr behaupteten Tatsachen (die der Gutachter bei seiner Antwort als wahr voraussetzt) auch beweisen? und die zweite Frage ist: wird das Gericht ebenso klug und einsichtig in Beziehung auf die Beurteilung der maßgebenden Rechtsnormen und auf die Subsumtion des Tatbestandes sein wie der Gutachter?

Nach Bülow dürfte der gewissenhafte Jurist solche Gutachten gar nicht erstatten. Denn er sagt uns: „Um wissen zu können, wie die Prozeßentscheidung wird von Rechts wegen ausfallen müssen", dazu wäre „eine nicht bloß in die Vergangenheit, sondern auch in die Zukunft reichende Allwissenheit, die Gabe der Prophetie, erforderlich".[4]) Er spricht von der „Unmöglichkeit, den materiell-rechtlichen Tatbestand schon vor dem Prozesse zu kennen", zu der dann aber auch die „Unmöglichkeit, den spezifisch prozeßrechtlichen Tatbestand des bevorstehenden Prozesses im voraus wissen zu können, sich hinzugesellt".[5])

[3]) Es ist dieselbe Frage, die schon Hammurabi in dem Epilog zu seinem Gesetze meint, wenn er sagt: „Der Bedrückte, der eine Rechts-Sache hat, soll vor mein Bildnis als König der Gerechtigkeit kommen, die Inschrift lesen, meine kostbaren Worte vernehmen, die Inschrift soll ihm seine Sache zeigen, sein Recht soll er sehen, sein Herz soll froh werden" usw.

[4]) Zeitschr. [illegible] S. [illegible]

[5]) Zeitschr. [illegible] S. [illegible]

II. Unter den Voraussetzungen der erfolgreichen Klage unterscheide ich die materiellen und die prozessualen.

Mit den materiellen Klagvoraussetzungen will ich kurz diejenigen bezeichnen, welche den „Prozeßgegenstand“,[6]) den „Anspruch“ (im Sinne der Reichsgesetze, wenn sie den Ausdruck im Hinblick auf den Prozeß gebrauchen,[7]) die „Hauptsache“ betreffen. Dies ist das vom Kläger zu behauptende oder zu negierende Rechtsverhältnis,[8]) bezüglich dessen er Rechtsschutz begehrt.[9]) Soweit dieses ein Privatrechtsverhältnis ist, nimmt das Prozeßrecht auf die Privatrechtsordnungen Bezug, wenn es die Berechtigung, ein bestimmtes Urteil im Wege der Klage zu verlangen, von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängig macht.[10]) Nach der Privatrechtsordnung (des Inlandes oder Auslandes) beurteilt sich nicht nur die Existenz des Prozeßgegenstandes, sondern auch die Frage, wer das Subjekt des Rechtsverhältnisses ist, ob diesem das Verwaltungsrecht zusteht oder zur Zeit einer vorgenommenen Verfügung zustand, ob das geltend gemachte Privatrecht vollgültig ist oder ob es etwa nur naturalis obligatio ist, ob ihm ein Anfechtungs- oder sonstiges Aufhebungs- oder ein Gegenrecht entgegensteht usw. Auf Einzelheiten in dieser Beziehung gehe ich hier nicht ein.[11]) Nur

---

[6]) CPO. § 2, 3: „Streitgegenstand“, § 5: „Gegenstand der Klage oder Widerklage“, § 263 I: „Streitsache“.

[7]) CPO. § 253 II Nr. 3, 281, 322, 328 II, BGB. § 1958, 2115, EG. zu BGB. Art. 6, 25[2].

[8]) Jedem Rechte entspricht ein Rechtsverhältnis, aber nicht aus jedem Rechtsverhältnis braucht schon ein konkretes oder in der Entwicklung fertiges Recht entsprungen zu sein.

[9]) Dieses, nicht (wie Wach Handb. I S. 296/97 behauptet) der Rechtsschutzanspruch (unser Klagrecht), bildet den Prozeßgegenstand. Vgl. Kipp bei Windscheid I § 122[6], Gaupp-Stein Erl. III vor § 253, m. Anspr. u. Klagr. S. 157 fg.

[10]) Man vgl. z. B. die §§ 256/9, 323, 767, 771 der CPO. (o. § 5, III).

[11]) In meinem Lehrbuch habe ich es getan, um mich bei der Darstellung der einzelnen Lehren, bei denen civilistische, von der Prozeßordnung so viel-

darauf möchte ich hinweisen, daß jedes Klagrecht auf konstitutives Urteil ein Recht auf Rechtsänderung voraussetzt, und zwar ein solches, welches durch bloße Willenserklärung[12]) des Gestaltungsberechtigten nicht realisiert werden kann. Dieses Recht (z. B. das Ehescheidungsrecht, das Recht, den Erbschaftserwerb wegen Erbunwürdigkeit anzufechten) bildet den Prozeßgegenstand; nicht etwa ist es das zu ändernde Rechtsverhältnis, also nicht die Ehe, das Erbrecht. Jenes Recht wird verneint, wenn die Klage als unbegründet abgewiesen wird; es wird durch das Urteil als vorhanden festgestellt und realisiert, wenn das Urteil die Rechtsänderung — natürlich mit Wirkung für und gegen alle[13]) — ausspricht.[14]) Bei den Klagen auf Änderung

---

fach verwendete Grundbegriffe (z. B. CPO. § 76: Klage gegen den Besitzer als solchen, § 325: Rechtsnachfolger, § 256: Rechtsverhältnis, § 257: Anspruch) von Bedeutung sind, auf eine Darstellung beziehen zu können, die jene civilistischen Grundbegriffe in summarischer Weise, aber unter besonderer Betonung der für die prozessualen Erörterungen wichtigen Seiten und so gibt, wie ich es für richtig halte. Obwohl ich im Lehrbuch § 30 Note 1 ausdrücklich betont habe, daß das mit der Überschrift „Zur Lehre von den materiellen Klagvoraussetzungen" versehene Kapitel vom streng systematischen Gesichtspunkt aus nicht in ein System des Prozeßrechts gehört, sieht Bülow, Zeitschr. 31, S. 259 Note 4 a. E. dennoch in dieser „Einarbeitung des Privatrechts ins Prozeßrecht" einen Beweis dafür, daß die von ihm bekämpfte Theorie das „Privatrecht völlig vom Prozeßrecht absorbieren läßt".

12) Anfechtungs-, Kündigungserklärung usw.

13) Wie dies schon bei der römischen rescissio testamenti nicht minder als bei der restitutio in integrum der Fall war. Beide hatten rückwirkende Kraft, beide waren aber deshalb nicht Feststellungsakte.

14) Was in den einen Fällen mit Wirkung ex nunc, in anderen mit Wirkung ex tunc geschieht. Vgl. die nähere Begründung in m. Anspr. u. Klagr. § 58 bes. S. 478 fg., Lehrb. I S. 47 fg. Seckel, Gestaltungsrechte (Festschrift für Koch S. 242) bemerkt: Der im konstitutiven Urteile enthaltene Staatsakt sei „Gestaltungsakt, aber nicht Vollstreckungsakt". Das ist kein Gegensatz; jeder Vollstreckungsakt ist rechtsgestaltend. Die konstitutiven Urteile sind (im Gegensatz zu den konstitutiven Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit) deshalb Vollstreckungsakte, weil sie zur Verwirklichung des Gestaltungsrechts dienen (vgl. näher m. Lehrbuch I § 9 II, 3 und bes-

eines prozessualen Rechtszustandes ist Prozeßgegenstand das von der CPO. verliehene prozessuale „Widerspruchsrecht".[15]) So bei der Restitutions- und Nichtigkeitsklage (soweit es sich um das iudicium rescindens handelt), so bei der sog. Vollstreckungsgegenklage, welche Aufhebung der Vollstreckungsfähigkeit begehrt und, wenn begründet, direkt herbeiührt.[16])[17])

III. Die prozessualen Klagvoraussetzungen.

1. Im allgemeinen. Unter diesem Namen sind eine Reihe von prozeßrechtlichen Voraussetzungen zusammenzufassen, die das gemeinsame Charakteristikum haben, daß bei ihrem Fehlen zwar ebenso wie bei dem Fehlen einer Prozeßvoraussetzung (in dem engeren hier gebrauchten Sinne) keine Entscheidung zur Hauptsache ergehen darf, daß aber nicht

---

§ 12, III, 3). — Die Bedeutung der Klage (als Ausübung des Rechts auf Rechtsänderung), die Seckel a. a. O. m. E. zu sehr in den Vordergrund stellt, wird von Kisch, Beiträge zur Urteilslehre (1903) geleugnet. Er betrachtet als „eigentlichen Gegenstand des Prozesses die herbeizuführende Änderung" (z. B. S. 71). Aber Prozeßgegenstand kann doch nur ein Recht oder Rechtsverhältnis sein. Kisch verwechselt Gegenstand und Ziel des Prozesses. Mit demselben Rechte könnte man sagen, daß bei der Klage auf Verurteilung nicht die Darlehensforderung, sondern die Verurteilung Prozeßgegenstand sei. Das „auslösende Urteil" von Kisch ist nichts anderes als das konstitutive Urteil mit Rückwirkung. — Gegen Kohler s. o. S. 32[8].

[15]) Diesen trefflich gelungenen technischen Ausdruck hat BGB. § 1407 Nr. 4 geprägt.

[16]) In m. Lehrb. I § 62 sind die Fälle der Widerspruchsklagen aufgezählt. Nicht genügend betont ist die Eigenart derjenigen Klasse von Urteilen, welche die Rechtsänderung nicht direkt herbeiführen, sondern diese nur anordnen und die Vollziehung anderen staatlichen Organen überlassen (z. B. die Freigabe der entgegen dem § 771 CPO. gepfändeten Sachen). Solche Urteile sind auch einer äußeren Vollstreckung fähig, und ihre vorläufige Vollstreckbarkeit (statuiert z. B. in § 708 Nr. 5) hat praktische Bedeutung.

[17]) Weismann I § 18 II, 1 subsumiert die Klagen auf konstitutives Urteil unter die Leistungsklagen. Bezüglich der eben zuletzt besprochenen Widerspruchsklagen begnügt er sich mit der Bemerkung, hier bediene sich die CPO. des Ausdruckes Klage in einem rein formalen Sinne (§ 18 VI).

eine **Prozeß**abweisung, sondern **Klag**abweisung erfolgt. Jedoch wird nicht das vom Kläger eingeklagte **materielle** Recht verneint, sondern nur ausgesprochen, daß dem Kläger nicht das **prozessuale** Recht zusteht, wegen jenes Rechtes Rechtsschutz von **den**[18]) (ordentlichen) Gerichten dieses Staates zu verlangen. Es wird also nur das Klagrecht[19]) in unserem Sinne verneint. Das ist eine **sachliche** Entscheidung (im Gegensatz zu der Prozeßabweisung); sie ist Entscheidung zu Ungunsten des Klägers, weil sie ihm das Klagrecht auf solange abspricht, bis sich die konkrete Rechtslage so geändert haben wird, daß die Klagvoraussetzung, wegen deren Fehlens die Klagabweisung erfolgte, vorhanden ist.[20])

Es ist längst üblich, die Klagabweisung, die bei der Klage auf gegenwärtige Leistung deshalb erfolgt, weil der geltend gemachte Anspruch noch nicht fällig ist, als Abweisung **zur Zeit** zu bezeichnen. Ich habe vorgeschlagen, diese Bezeichnung in allen Fällen der hier fraglichen Art anzuwenden, um den Gegensatz zu der Abweisung der Klage als **unbegründet** durch einen kurzen technischen Ausdruck bezeichnen zu können. Ich verkenne die Bedenken gegen diesen Ausdruck nicht.[21])

---

[18]) Man beachte den Plural. Abweisung wegen Unzuständigkeit sagt nur, daß das **angegangene** Gericht keinerlei sachliche Entscheidung fällen darf.

[19]) Die Gegner, die diesen Begriff leugnen, haben keine Möglichkeit, die Bedeutung der Abweisung zur Zeit als [illegible] einheitlich und begrifflich zu bestimmen. Hier zeigt sich schon, wie wertvoll der Begriff des Klagrechts ist.

[20]) Die ältere Theorie hat sich wenig mit solchen Urteilen beschäftigt. Die Folge davon ist, daß auch die CPO. § [illegible] sie gänzlich außer acht läßt. In verdienstlicher Weise macht Stein, Über die bindende Kraft der richterlichen Entscheidungen ([illegible]) auf die Lücke aufmerksam. Die römischen Juristen beschäftigten sich mit der Frage in Beziehung auf die denegatio actionis. Vgl. Schott, Das Gewähren des Rechtsschutzes [illegible] S. [illegible].

[21]) Sie bestehen darin, daß auch die Abweisung als unbegründet („auf immer", wie man in der gemeinrechtlichen Praxis sagte) das eingeklagte Recht nicht auf alle Zeiten, sondern nur für die letzte Tatsachenverhandlung verneint und einer Wiederholung der Klage nicht entgegensteht, wenn sie auf Gründe gestützt wird, die **nach** jenem Zeitpunkt eintraten.

Vielleicht empfiehlt es sich mehr von einer Abweisung der Klage als unzulässig zu sprechen.

2. Die einzelnen prozessualen Klagvoraussetzungen, deren Fehlen diese Folge hat, lassen sich in zwei Klassen teilen, in allgemeine und in besondere, d. h. in solche, die für die drei Formen des Rechtsschutzes durch Urteil (Verurteilung, Feststellung, Rechtsänderung) aufgestellt und unter sich verschieden sind. Die Übersicht über die Klagvoraussetzungen[22]) gruppiere ich nach dem eben bezeichneten Gesichtspunkte.

a) Die allgemeinen Klagvoraussetzungen sind:

α) die Parteifähigkeit.[23]) Prozeßparteien heißen die dem Gericht gegenüberstehenden Subjekte des Prozeßverhältnisses, der Kläger als derjenige, der angriffsweise im eigenen Namen Rechtsschutz nachsucht, der Beklagte als derjenige, dem gegenüber er erteilt werden soll. Wer im konkreten Prozesse Partei **ist**, ist eine rein tatsächliche Frage, bei deren Beantwortung lediglich auf den Inhalt des Klagakts zu sehen ist. Rechtsfragen kommen dabei nur insofern in Betracht, als es sich darum handelt, was es bedeutet, wenn ich z. B. „als Vormund des X“ oder „in meiner Eigenschaft als Verwalter der X'schen Konkursmasse“, „als Testamentsvollstrecker“ klage oder „als Vertreter des X'schen Grundstücks“,[24]) „als Nachlaßpfleger“ verklagt werde.

---

[22]) Ausführlich sind sie dargestellt in meinem Lehrbuch § 22—62. Auf ihnen beruht das System, nach dem ich das Prozeßrecht darstelle. Ich unterscheide von der Darstellung der Voraussetzungen, nach welchen sich das Klagrecht und somit der Inhalt des Urteils bestimmt, die Darstellung des Prozeßverhältnisses, bei der es sich um die Grundsätze handelt, nach denen ein Prozeß anhängig zu machen und zu entwickeln ist. Vgl. unten § 10 (Prozeßverhältnis).

[23]) Vgl. m. Lehrb. I § 23, III, 1, § 43 bis 47.

[24]) Diesen Ausdruck für den nach § 58 CPO. bestellten Prozeßvertreter gebraucht GKG. § 47 Nr. 9. Nebenbei sei konstatiert, daß Planck zu § 928 diesen Vertreter ganz zutreffend und in Übereinstimmung mit der von mir

Eine ganz andere Frage ist die nach der abstrakten Partei**fähigkeit.** Sie ist die Fähigkeit, Parteirechte haben zu können oder, wie das Gesetz häufig sagt, „klagen oder verklagt werden zu können“.[25]) „Klagen können“ bedeutet nichts anderes als die abstrakte Fähigkeit, daß man berechtigt sein kann,[26]) wegen eines eigenen Rechts oder kraft eigenen Rechts wegen eines fremden Rechtsverhältnisses Rechtsschutz nachzusuchen. „Verklagt werden können“ bedeutet nichts anderes, als daß einem Kläger der Rechtsschutz mit Wirkung gegen den zu Verklagenden, also mit Rücksicht auf die zwischen ihm und dem Kläger bestehenden oder möglichen Rechtsbeziehungen erteilt werden kann. Demnach ist es selbstverständlich, daß die Parteifähigkeit sich mit der Rechtsfähigkeit decken muß. Partei kann, soweit nicht Ausnahmen im Gesetze gemacht sind, jede Person oder Organisation, aber auch nur diejenige sein, die rechtsfähig ist oder doch als rechtsfähig zu behandeln ist.[27])

Lehrb. I § 43, II entwickelten Ansicht als „curator bonorum“ bezeichnet; hier erkennt er also wiederum (vgl. Erl. zu § 1914) eine cura rei an, die sonst so entschieden geleugnet wird.

[25]) Dieses „können“ bedeutet hier (z. B. CPO. § 17, 171) ebenso wie in den zahlreichen oben § 5, III angeführten Fällen nichts anderes als: berechtigt sein. Nur ist der Ausdruck hier abstrakt genommen.

[26]) Ob man es in concreto wirklich ist, hängt davon ab, ob die übrigen Klagvoraussetzungen gegeben sind.

[27]) Ich denke hierbei einerseits an die Leibesfrucht, bei der Kohler, Lehrb. I S. 354 fg. jetzt eine „stillschweigende juristische Person“ annimmt, anderseits an die Konkursmasse oder den Nachlaß und sonstige unter selbständiger Verwaltung stehende Sondervermögen, bei denen, solange die separatio bonorum dauert, vollständig davon abgesehen wird, daß sie einer bestimmten Person gehören. Meine in Lehrb. I § 46 entwickelte, jetzt auch von Fitting, Konkursrecht S. 32 fg. angenommene Aufstellung, daß den selbständigen Sondervermögen eine Rechtsfähigkeit zuzuschreiben sei, wie sie juristischen Personen zukommt, ist nur eine Verallgemeinerung der Formulierung, wie sie in § 50 II CPO. enthalten ist. Sie will nicht mehr sein, als der Versuch einer kurzen Formulierung des Gesichtspunktes, unter dem die singuläre und höchst komplizierte Situation der Konkursmasse usw. zu betrachten ist, nicht mehr als eine regula, quae ex iure sumpta est, nicht mehr als eine Definition,

Denn anderenfalls wäre es sinnlos, ihr Rechte zu- oder abzusprechen oder Verpflichtungen festzustellen.[28])

Ist die Parteifähigkeit die Fähigkeit, prozessuale Rechte zu haben, so bedingt sie auch das wichtigste: das Klagrecht; sie ist also prozessuale Klag-, nicht Prozeßvoraussetzung. Existiert allerdings die Person oder Organisation nicht, so kann von einer gehörigen Klagerhebung nicht die Rede sein, und dann fehlt zweifellos eine Prozeßvoraussetzung. Anders aber ist es, wenn die Person oder Organisation existiert. Dann kann sehr wohl nur das in Frage sein und ist bekanntlich bei den nicht rechtsfähigen Vereinen und (ausländischen) Klosterpersonen trotz ihrer nicht zu bezweifelnden Prozeßfähigkeit in Frage, ob sie gar nicht oder halb oder voll parteifähig sind. Fehlt dem aufgetretenen Kläger nur die Parteifähigkeit und wird deshalb seine Klage abgewiesen, so ist dies sachliche Entscheidung, nämlich Verneinung des prätendierten konkreten

---

die bestrebt ist, die einzelnen im Gesetz ausgesprochenen und die noch zahlreicheren unausgesprochenen, aber von den Verständigen (so auch in RG. 29 Nr. 10) postulierten Rechtssätze so unter einem höheren Gesichtspunkt zusammenzufassen, daß die einzelnen Rechtssätze als eine Ableitung aus der Definition erscheinen. Das scheint mir das Richtige zu sein, obwohl Kiehl, Zeitschr. Band 31 S. 301 meint, es sei verfehlt von mir, das Gebilde der Konkursmasse nach seinen Wirkungen zu rekonstruieren. Ich bleibe bei dem Grundsatz: regula ex iure sumatur, non ius ex regula.

[28]) Ich glaube deshalb auch, daß wir mit der Formulierung: „Prozesse in rem" (Kohler, Enzykl. II S. 91) nicht weiter kommen. Eine Sache kann nicht verurteilt werden; ein Grundstück (CPO. § 58) kann nicht Kosten schulden; es kann nicht Subjekt von Mietverhältnissen sein, wie es für die Zeit bis zur Aneignung auch die annehmen müssen, die lehren, daß der Fiskus in sie eintritt (so auch Schollmeyer, Schuldverhältnisse 2. Aufl. S. 75); einem Grundstück kann ich die Grundschuld nicht kündigen, was doch möglich sein muß, wenn anders die Verfolgung des Grundschuldrechts möglich sein soll. Ein Grundstück kann nicht Inhaberin von Rechten sein, die im Prozesse wahrgenommen werden sollen, also, wenn über sie prozessiert wird, doch wohl vorhanden sein müssen, und zwar auch dann, wenn die Verlegenheitsphrase gebraucht wird, der Vertreter prozessiere im eigenen Namen (worüber?), oder es liege ein Prozeß in rem vor.

Rechts auf Rechtsschutz,[29]) nicht etwa Verneinung des eingeklagten Rechts.[30])

β) Eine zweite allgemeine prozessuale Klagvoraussetzung ist die Zulässigkeit des Rechtswegs. Denn diese bedeutet, daß der Staat hinsichtlich der fraglichen Art von Rechtsangelegenheiten den Rechtsschutz überhaupt und zwar gerade im (ordentlichen) Civilprozeßwege, also nicht im Verwaltungswege, nicht im Strafprozeß (Buße!) und nicht in der freiwilligen Gerichtsbarkeit[31]) verheißen hat. Ist der Civilprozeßweg verschlossen, so bedeutet dies für unsere Frage, daß der Staat das Klagrecht versagt.

γ) Ebenso fehlt dieses, wenn die inländische Gerichtsbarkeit für die konkrete Rechtsangelegenheit nicht begründet ist, also etwa bei den Klagen gegen einen Exterritorialen, es sei denn, daß der Prozeß in den ausschließlichen dinglichen Gerichtsstand gehört, oder bei einer zwischen Ausländern spielenden Ehescheidungsklage, für die unsere CPO. § 606 IV trotz inländischen Domizils der Ehegatten ihrem Heimatsstaate die ausschließliche Gerichtsbarkeit zuweist.[32])

δ) Eine weitere prozessuale Klagvoraussetzung ist der Besitz

---

[29]) Nicht etwa wird generell über die Parteifähigkeit entschieden. (Wichtig wegen des Umfangs der Rechtskraft!)

[30]) Wer annimmt, daß ein gegenüber einem Parteiunfähigen ergangenes Urteil nichtig ist (vgl. u. S. 78), und weiter lehrt, daß der nicht rechtsfähige Verein aktiv parteiunfähig sei, muß zu dem Resultat gelangen, daß der Amtsrichter, der eine zu Gunsten eines nichtrechtsfähigen Vereins ergangene Verurteilung vollstrecken soll, dies wegen Nichtigkeit des Urteils ablehnen kann!

[31]) Daß in ihr ausnahmsweise auch über den Schutz konkreter Privatrechte verhandelt und entschieden wird, ist in m. Lehrb. I § 12 Note 48 bis 56 nachgewiesen.

[32]) Die schwierige Frage nach den Grenzen der inländischen Gerichtsbarkeit habe ich in m. Lehrb. I § 15, 16 zu beantworten versucht. Dieser Gesichtspunkt ergibt zugleich die von Bülow vermißte Antwort auf die Frage, gegen welchen Staat das Klagrecht gerichtet ist: eben gegen den, nach dessen Prozeßordnung die Aburteilung seinen Gerichten (ausschließlich oder elektiv) obliegt.



des Prozeßführungsrechts (auf Seiten des Klägers und des Beklagten). Ich habe diesen Ausdruck vorgeschlagen, um den Ausdruck Sachlegitimation [33]) für den Gebrauch in dem Sinne zu reservieren, in dem er in der älteren Theorie verwendet wurde und auch heute gebraucht wird,[34]) nämlich für die subjektive Zuständigkeit des abzuurteilenden Rechtsverhältnisses. Neuerdings gebrauchen viele — ich selbst zähle in älteren Arbeiten zu ihnen — den Ausdruck als gleichbedeutend mit dem, was ich jetzt als Prozeßführungsrecht bezeichne.[35]) Dieser Ausdruck hat den Vorzug, 1. deutsch zu sein, 2. zu bezeichnen, was mit ihm gemeint ist, und 3. sich eng an die Terminologie der Reichsgesetze anzuschließen. Diese sprechen häufig von der Befugnis, einen Anspruch (im prozessualen Sinn) gerichtlich (im Wege der Klage) geltend zu machen,[36]) und entsprechend von der Befugnis, einen Anspruch gegen eine bestimmte Person gerichtlich zu verfolgen oder nicht zu verfolgen, womit das Prozeßführungsrecht des Beklagten, die necessitas defendendi,[37]) gemeint ist.

---

[33]) Eine neuere Monographie hat Rosenthal, die Sachlegitimation (1903) geliefert. Klare Ergebnisse gibt sie nicht. Vgl. m. Lehrb. I § 23, III 4 und über die Einzelheiten § 48—56.

[34]) Vgl. z. B. Planck, Lehrb. I S. 215; Seuffert, Komm. I S. 70.

[35]) Nach dieser Terminologie ist also zu sagen: Die Ehefrau hat zwar die Aktivlegitimation bezüglich der eingebrachten Rechte, der provisorische Erbe hat zwar die Passivlegitimation, aber trotzdem fehlt ihnen das Prozeßführungsrecht (BGB. §§ 1400 II, 1958).

[36]) So jetzt auch CPO. § 265 III, wo dieser Ausdruck an Stelle der in der alten CPO. gebrauchten Sachlegitimation gesetzt ist.

[37]) Dieser bezeichnende Ausdruck kommt in l. 18 § 4 D. 49, 17 vor, wo gesagt ist, daß dem pater familias, der nach älterem Rechte das Subjekt des das peculium castrense bildenden Sondervermögens ist, nicht die necessitas defendendi gegen die es betreffenden Klagen obliege. Dies ist das Korrelat dazu, daß das aktive Prozeßführungsrecht dem filius „etiam invito patre" zusteht (l. 4 § 2 D. 49, 17). Der Grund für beide Entscheidungen ist, daß dem filius miles das Verwaltungsrecht ausschließlich zusteht. Vgl. o. § 5 Note 3. Auch sonst bietet schon das römische Recht ein reiches Quellenmaterial für

Das Prozeßführungsrecht ist regelmäßig ein Ausfluß des Verwaltungsrechts, bestimmt sich also wie so mancher andere prozessuale Begriff indirekt nach dem bürgerlichen Rechte. Ist das Verwaltungsrecht dem Subjekt eines Rechtsverhältnisses entzogen oder doch an die Zustimmung eines Dritten gebunden, so gilt dasselbe von dem Prozeßführungsrecht.[38]) Wie das Verwaltungsrecht einem Dritten als ein von ihm im eigenen Namen auszuübendes Recht zustehen kann, so auch das Prozeßführungsrecht.[39]) Aber es gibt auch rein prozessuale Vorschriften, welche einem Dritten, dem das Verwaltungsrecht fehlt, das Prozeßführungsrecht verleihen. Eine solche Vorschrift ist der § 265 CPO., der es dem Erwerber versagt und dem Veräußerer beläßt, indem bestimmt wird, daß die Veräußerung auf den Prozeß ohne Einfluß ist.[40])

Die Prozeßfähigkeit der selbst klagenden Partei bezw. die Vertretungsmacht ihres Vertreters sind Prozeßvoraussetzungen. Fehler nach dieser Richtung hin sind stets vermeidbar.[41]) Bei dem Prozeßführungsrecht aber handelt es sich um den der

---

unsere Materie. Vgl. z. B. das ausnahmsweise bestehende Prozeßführungsrecht des Sohnes in Beziehung auf Rechte des peculium profecticium, des Ehemanns in Beziehung auf Paraphernalforderungen, wenn ihm die Verwaltung überlassen ist.

[38]) Vgl. z. B. BGB. § 1400.

[39]) Vgl. z. B. BGB. § 1380: Auch der Strafprozeß kennt diese Rechtsfigur, die Kohler in den Jahrb. f. Dogm. **24**, S. 188 fg. im Hinblick auf den Dispositionsnießbraucher behandelte und Prozeßstandschaft nennt, bei dem Recht, das staatliche Strafrecht im Wege der Privatklage auszuüben. Ebenso ist sie staatsrechtlich von großer Bedeutung, um die Stellung des Regenten von der eines vom Monarchen bestellten Stellvertreters richtig zu unterscheiden. — Der Begriff des Rechts, im eigenen Namen über fremde Rechtsverhältnisse zu prozessieren, gibt m. E. auch den Schlüssel zu einer richtigen Auffassung der Stellung des Nebenintervenienten. Die Prozeßstandschaft ist hier akzessorisch. Man denke auch an CPO. § 634.

[40]) Vgl. m. Lehrb. I § 52. Von anderen Vorschriften erwähne ich § 9 des Warenzeichengesetzes, § 1148 BGB., vgl. Lehrb. § 49—51.

[41]) Vgl. o. § 8 nam. S. 58.

Partei zustehenden Rechts**inhalt**.[42]) Deshalb kommt es stets auf die Partei und nicht auf ihren gesetzlichen oder bevollmächtigten Vertreter an, der inhaltlich niemals mehr Rechte ausüben kann, als der Partei zustehen.

Das Prozeßführungsrecht ist ein prozessuales Recht. Es ist Bedingung für das Klagrecht, aber mit diesem ebensowenig identisch, wie mit dem einzuklagenden Rechtsverhältnis. Fehlt das Prozeßführungsrecht einer bestimmten Person bezüglich eines bestimmten Rechtsverhältnisses, so kann ihr das Klagrecht nicht zustehen. Hat sie das erstere, so ist noch nicht gesagt, daß in dem konkreten Falle das Klagrecht begründet sei.[43])

b) **Besondere Klagvoraussetzung** ist das Vorliegen eines **Rechtsschutzgrundes**,[44]) d. h. eine solche Gestaltung der konkreten Verhältnisse, wie sie das Prozeßrecht fordert, damit ein genügendes Interesse an der Erlangung der Verurteilung, Feststellung oder Rechtsänderung anerkannt werden könne. Diese Voraussetzungen sind **im allgemeinen** in der CPO. § 256—259 geregelt. An ihrer prozeßrechtlichen Natur ändert nichts der Umstand, daß sich für **einzelne** Fälle einschlagende Vorschriften in das BGB. verirrt haben, so in § 12, 862, 1004, 322 II, 1965 II.

Aus diesem Gesichtspunkt beantwortet sich auch die Frage, ob es zulässig ist, die erfolgreich durchgeführte Klage zu wiederholen. Die Unzulässigkeit ergibt sich nicht aus einer zarten Rücksichtnahme auf den **Beklagten** und ist nicht mit der nichtssagenden exceptio doli generalis zu motivieren; ebenso hat sie nichts mit einem Verstoß gegen die Rechtskraft zu schaffen. Vielmehr folgt sie einfach daraus, daß das Klagrecht gegen den Staat gerichtet ist und daß dieser, wenn er seine

---

[42]) Dies führt jetzt in zutreffender Weise auch RG. 53 S. 10 aus.

[43]) So hängt z. B. trotz des § 1380 BGB. das konkrete Klagrecht des Ehemannes davon ab, daß die übrigen allgemeinen Klagvoraussetzungen vorliegen und daß ein Rechtsschutzgrund vorhanden ist.

[44]) Vgl. m. Lehrbuch § 57—62 und oben § 5, III.

Rechtsschutzpflicht erfüllte, sie nicht ohne Grund nochmals hat. Wie nach klassischem römischen Recht schon durch einmaligen Gebrauch das Recht, zu klagen (nicht etwa das einzuklagende Recht), konsumiert wurde, so tritt auch nach heutigem Recht eine solche Konsumtion ein, aber nicht schon durch die Klage, auch nicht durch jedes Urteil, wohl aber durch Erlangung eines solchen Urteils, welches das Rechtsschutzinteresse des Klägers befriedigt. Der Wegfall des Rechtsschutzinteresses ist also der Grund der heutigen Konsumtion des Klagrechts, bezüglich der Klage auf Verurteilung ebensogut, wie bei der Klage auf Feststellung.[45])

c) Prozeßeinreden.

Steht der Mangel einer prozessualen Klagvoraussetzung fest, so hat das Gericht es, ohne daß es einer Rüge seitens des Beklagten bedarf, zu berücksichtigen, indem es die Klage als unzulässig (= zur Zeit) abweist. Nun gibt es aber auch Umstände, welche dem Gegner nur das Recht verleihen, den Prozeß abzulehnen.[46]) Genauer: sie geben ihm das (prozessuale) Recht, der Ausübung des begründeten Klagrechts solange zu widersprechen, als jene Umstände bestehen. Sie erzeugen Prozeßeinreden, genauer: Prozeßeinrederechte. Hier zeigt sich die Fruchtbarkeit und der hohe Wert der Klagrechtstheorie wieder ganz handgreiflich. Das Einrederecht setzt als Gegenrecht ein Recht voraus, gegen dessen Ausübung es gerichtet ist: das civile einen Anspruch, dessen Erfüllung verweigert wird, das Prozeßeinrederecht unser Klagrecht. Ohne dieses schwebt es in der Luft und kann nicht richtig gewürdigt werden. Legt man unsere Theorie zugrunde, so vermeidet man die große Gefahr, die in der Verwechslung mit der Rüge des Mangels von Prozeß-

---

[45]) Vgl. m. Lehrbuch § 26. Wäre das Klagrecht gegen den Beklagten gerichtet und würde mit ihm die Leistung verlangt, so wäre in der Tat nicht einzusehen, weshalb durch die Verurteilung zur Leistung die Klage auf diese ausgeschlossen wäre.

[46] Vgl. näher m. Lehrbuch § 27/8.

oder Klagvoraussetzungen und der Einreden im Sinne der Einredetatsachen liegt. Der Schiedsvertrag schließt nicht die Existenz des Klagrechts aus, hindert also als solcher nicht den Erfolg der Klage. Vielmehr muß der Beklagte sich erst auf das Prozeßeinrederecht berufen, und dies muß — im Gegensatz zu den (civilen) Einrederechten — vor Gericht geschehen, da diese Berufung — im Gegensatz zu der Verweigerung der Leistung — sich nicht an den Gegner, sondern an das Gericht wendet. Durch diesen Gebrauch des Prozeßeinrederechts macht der Beklagte das (prozessuale) Klagrecht unwirksam, und dadurch verpflichtet er das Gericht, ihm selbst Rechtsschutz durch Klagabweisung (zur Zeit) zu erteilen.

IV. Maßgebendes Recht.

Die materiellen Klagvoraussetzungen bestimmen sich nach dem materiellen Rechte, nach dem der Prozeßgegenstand überhaupt zu beurteilen ist, also möglicherweise nach dem ausländischen Rechte und beim inländischen Recht nach dem des Reichs oder der Einzelstaaten gemäß den Grundsätzen, die das Einführungsgesetz zum BGB. aufgestellt hat. Zeitlich ist maßgebend dasjenige Recht, welches nach den Grundsätzen über das intertemporale Privatrecht maßgebend ist.

Die prozessualen Klagvoraussetzungen haben mit den Prozeßvoraussetzungen

1. das gemeinsam,

a) daß sie sich stets nach Prozeßrecht[47]) und zwar für den deutschen Richter nach deutschem Rechte und nach den zur Zeit des Prozesses geltenden Normen beurteilen[48]) und

---

[47]) Dies deshalb nicht weniger, weil das Prozeßrecht vielfach zur näheren Ausgestaltung eines prozessualen Begriffs auf das materielle Recht Bezug nimmt.

[48]) A. M. Weismann I § 9 IV, § 20 IV, 1. Seine Behauptung, daß sich eine durchgreifende Regel nicht aufstellen lasse, begründet er mit dem Hinweis darauf, daß eine vor 1/1. 1900 entstandene Forderung aus Ehevermittlung klagbar bleibe, trotzdem ihr BGB. § 686 die „Klagbarkeit abspreche". Weismann übersieht aber folgendes: § 656 sagt, daß „keine Verbindlichkeit ent-

b) daß sie beide die Bedingung dafür sind, daß eine Entscheidung zur Hauptsache ergehen darf. Fehlt eine Voraussetzung der einen oder anderen Art, so darf weder zu Gunsten des Klägers noch zu Gunsten des Beklagten über den Prozeßgegenstand entschieden werden.

2. Der Unterschied beider Arten von Voraussetzungen liegt:

a) in der Wirkung, die ihr Fehlen hat. Beim Mangel einer Prozeßvoraussetzung ergeht Prozeßabweisung, beim Mangel einer Klagvoraussetzung aber Abweisung der Klage als unzulässig (zur Zeit).[49]

b) Die Klagvoraussetzungen bestimmen sich nach der konkreten Rechtslage. Diese ist nicht von dem Willen desjenigen, nach dessen Klagberechtigung wir fragen, abhängig. Also kann diese Art der Abweisung nicht vermieden werden, während die Prozeßabweisung stets vermeidbar ist.[50]

c) Bei den Prozeßvoraussetzungen kommt es prinzipiell auf die Zeit der Klagerhebung an, weil sie die Erfordernisse einer Prozeßhandlung betreffen;[51] bezüglich der Klagvoraussetzungen

---

steht", und nicht, daß sie entstehe, aber nicht klagbar sei. Die Norm ist also nicht prozessual, sondern rein civilrechtlich und unterliegt nicht dem im Text hervorgehobenen vom Civilrecht abweichenden Grundsatze. Ebensowenig beweisend ist sein Hinweis darauf, daß die materielle Rechtskraft sich nach der Zeit der Aburteilung bestimme. Vgl. m. Lehrb. I § 5, III, 1, 3, Engelmann, Zeitschr. 32 S. 46 fg. — Bülow, Zeitschr. 31 S. 235 zieht daraus, daß das vor dem Prozeßbeginn bestehende „Klagrecht" untergehen würde, wenn das neue Gesetz es nicht mehr anerkennt, den Schluß, daß es ein Klagrecht nicht geben kann, weil es sonst fortbestehen müßte. So wäre es, wenn das Klagrecht ein Privatrecht wäre. Bleiben Wahlrechte bestehen, wenn das Wahlgesetz geändert wird? Vgl. m. Lehrb. I § 5 Note 9.

[49]) Dies wurde o. unter II schon im allgemeinen und bei den einzelnen Klagvoraussetzungen im besonderen dargelegt. Bülow, Zeitschr. 31 S. 254 Note 5 meint, beide Abweisungen seien einander so ähnlich wie ein Ei dem anderen!

[50]) Vgl. o. § 8 a. E.

[51]) Vgl. o. § 8 Note 7. Bülow, Zeitschr. 31 S. 254 macht den ver-

ist maßgebend die Zeit der Aburteilung.[52]) Denn sie bedingen das Recht, die Verurteilung usw. zu fordern.

d) Ist in einem Prozesse fraglich, ob eine Prozeß- und eine prozessuale Klagvoraussetzung fehlt, so muß jene stets zuerst geprüft werden; bevor sie feststeht, darf nicht etwa wegen Mangels einer Klagvoraussetzung abgewiesen werden, weil dies eine sachliche Entscheidung ist, die Prozeßvoraussetzungen aber gerade den Erlaß einer solchen bedingen.

Diese Unterschiede, die innerhalb der Bedingungen für den Erlaß einer Entscheidung zur Hauptsache bestehen,[53]) machen es notwendig, die beiden Klassen derselben auch terminologisch zu unterscheiden.[54]) Jedenfalls ist es verfehlt, einen Begriff der Prozeßvoraussetzungen aufzustellen, in dem das Erfordernis des Rechtsschutzgrundes und des Prozeßführungsrechtes, das, wie oben dargelegt wurde, keineswegs mit der Rechtszuständigkeit zusammenfällt, keinen Platz finden und entweder mit Still

---

geblichen Versuch, das Erfordernis eines Rechtsschutzgrundes (z. B. § 256) zu einem Erfordernis der Klage*handlung* zu stempeln.

[52]) Dieser *prozeß*rechtliche Grundsatz ist in der CPO. nicht besonders ausgesprochen, aber in CPO. § 767II angewendet. Vgl. o. § 7 Note 2.

[53]) Auch Bülow, Zeitschr. 31 S. 254 verkennt diesen Unterschied nicht, will aber doch dabei bleiben, überall von Prozeßvoraussetzungen zu sprechen.

[54]) Vgl. m. Lehrbuch § 24. Wenn statt des Namens „Klagvoraussetzungen" ein besserer vorgeschlagen wird, werde ich ihn gern akzeptieren. Eine ganz andere Terminologie schlägt Weismann vor. Er unterscheidet: 1. „Klagbarkeitsvoraussetzungen", die unserem Rechtsschutzgrund (vgl. o. S. 71) entsprechen (Weismann § 20), 2. „prozessuale Voraussetzungen der Klage oder Prozeßvoraussetzungen" (§ 89). Unter letzteren unterscheidet er: a) „Klagerfordernisse", die unseren Prozeßvoraussetzungen (mit Ausnahme der Zuständigkeit, welche er zu b) rechnet) entsprechen, und b) Erfordernisse, die außerhalb der Klaghandlung liegen. Auch gegen diese Einteilung sprechen die im Text entwickelten Gründe. Die „Klagbarkeitsvoraussetzungen" werden aus dem Zusammenhang gerissen, in den sie gehören (als einer Art der Bedingungen des Klagerechts [Weismann S. 67: materielle Klagbefugnis, gerichtet gegen den Beklagten]); das Prozeßführungsrecht fehlt in diesem System ganz.

schweigen übergangen oder als Erfordernisse eigener (nicht näher bestimmter) Art hingestellt werden.

---

§ 10.

6. Klagrecht und Prozeßverhältnis.

I. Der Zweck der folgenden Auseinandersetzung ist die Darlegung, daß die hier vertretene Theorie des (konkreten publizistischen) Klagrechts auf das beste mit der Theorie harmoniert, welche die Gesamtheit der durch den Prozeß entstehenden prozessualen Rechtsbeziehungen[1]) als ein einheitliches Rechtsverhältnis auffaßt. Es wird sich zeigen, daß gerade Bülow, dem das große Verdienst der Ausbildung, ja man kann sagen der Schaffung dieses Fundamentalbegriffs gebührt, am wenigsten Veranlassung hat, sich gegen den Begriff des Rechtsschutzanspruchs so durchaus ablehnend zu verhalten.

Wie das System des Rechts und der Vollstreckung auf

---

[1]) Sehr richtig bemerkt Bekker, System 1, 36, daß „der Prozeß ein Vorgang oder eine Summe von Vorgängen, darum kein Verhältnis, insonderheit Rechtsverhältnis ist". Aber unrichtig ist es, daraus die Verwerfung des Begriffes des Prozeßverhältnisses ableiten zu wollen. Man darf nicht Ursache und Folge verwechseln. Der Prozeß **ist** ein Vorgang, aber dieser **erzeugt** das Prozeßverhältnis. Die Gefahr der Verwirrung wird dadurch vergrößert, daß das Wort „Prozeß" auch im Sinne von Prozeßverhältnis gebraucht werden kann, aber nicht, wie Kohler, Enzyklopädie 2, 103 es tut, in der Wendung: „der Prozeß ist ein Rechtsverhältnis", sondern z. B. in der Wendung: „in den Prozeß eintreten" (CPO. § 75) oder: „den Prozeß übernehmen" (CPO. § 76III) oder: „Sukzession in den Prozeß". Weismann, früher ein entschiedener Anhänger des Begriffs des Prozeßverhältnisses (Hauptintervention S. 92 fg.), will sich jetzt (Lehrb. I § 5 a. E., § 89, XI) statt dessen mit dem „Begriff des Verfahrens als einer Handlungsgesamtheit" begnügen. Aber trotzdem spricht er von einer Nachfolge in den Rechtsstreit (z. B. S. 589). Aber in die ergangenen Handlungen kann die Partei nicht sukzedieren, und die folgenden nimmt sie selbst vor.

dem Gedanken der Trennung der Voraussetzungen des Vollstreckungsanspruchs einerseits und des Verfahrens anderseits aufzubauen ist, so gelangt man auch bezüglich des hier zur Besprechung stehenden Teiles des Civilprozeßrechts zu einem befriedigenden System, wenn man scheidet 1. die Voraussetzungen, von welchen es abhängt, ob und wie der staatliche Rechtsschutz durch Fällung einer Verurteilung, Rechtsänderung oder (positiven oder negativen) Feststellung[2]) zu erteilen ist, und 2. die Lehre vom Prozeßverhältnis.[3])

II. Das Prozeßverhältnis (im Entscheidungsverfahren) entsteht durch die Klagerhebung. Sein Charakter ergibt sich aus der rechtlichen Bedeutung dieser Prozeßhandlung und aus einer Betrachtung des Inhalts der Rechtsbeziehungen, welche die Klagerhebung schafft.

1. Wie früher schon dargelegt wurde, verlangt die Klage die Prüfung des vom Kläger behaupteten und in dem Klagantrag formulierten Klagrechts und die Gewährung des Rechtsschutzes gegen den Beklagten. Sie verlangt beides von dem Gerichte und dieses hat sich durch die Entgegennahme der Klage zu der Prüfung bereit erklärt.[4])

Das Charakteristische der hierdurch erzeugten Rechtsbeziehungen der Parteien ist die Entscheidungsgewalt des Gerichts; diese ist in den Vordergrund zu stellen, wenn das eigenartige Wesen des Prozeßverhältnisses erkannt werden soll. Die Parteitätigkeit hat nur Bedeutung, sofern sie die Entfaltung der Entscheidungsgewalt anregt. Diese steht dem Gerichte als dem Organe der höchsten Staatsgewalt zu und ergreift die Parteien, weil sie ihr unterworfen sind. Aus der staatlichen Autorität und nur aus ihr schöpfen die Entscheidungen des Gerichts und insbesondere das rechtskräftige Endurteil die bindende Kraft,

---

[2]) Eine solche enthält auch jede Klagabweisung.

[3]) Hierauf beruht die systematische Anordnung in meinem Lehrbuch. Vgl. hierüber die Übersicht Band I, S. 3.

[4]) Vgl. o. § 7, namentlich Seite 46.

keineswegs aus der Tätigkeit der Parteien [5]) und am allerwenigsten daraus, daß sie gegeneinander ein Recht auf Duldung

---

[5]) Am schlagendsten zeigt sich dies darin, daß das rechtskräftige Urteil die Partei, auf deren Namen es gefällt ist, sogar dann bindet und berechtigt, wenn in ihrem Namen ein Vertreter ohne alle Vertretungsmacht gehandelt hat. Sogar dieser Mangel erzeugt nur das zeitlich begrenzte Recht, das Urteil anzufechten (CPO. § 579 Nr. 4); bis es aufgehoben ist, entfaltet es die ihm nach seinem Inhalte zukommende Wirkung. Dasselbe gilt von den übrigen Mängeln im Verfahren, welche der § 579 Nr. 1—3 aufführt. Alle anderen Mängel aber können zu keiner Vernichtung des Urteils (infolge einer Nichtigkeitsklage) führen; noch weniger aber ist es zulässig, aus irgend welchen Gründen, die aus dem Inhalte des Urteils oder aus der Art seines Zustandekommens hergeleitet werden, die Begründung dafür zu entnehmen, daß das rechtskräftige Urteil einfach ignoriert und daß in einem zweiten Prozesse contra rem iudicatam entschieden werden könne. Die Rechtskraft des heutigen Civilprozeßrechts ist von einer ganz anderen Stärke, als die des römischen Rechts, dessen sententia nulla dem modernen Rechte nicht bekannt ist. Auf sehr bedenklichen Wegen wandelt das Reichsgericht, wenn es gestattet, unter Verletzung der Rechtskraft die Einrede des „simulierten Judikats" zu erheben (RG. 36 S. 251), oder wenn es erlaubt, daß die Feststellung der einwandsfreien Forderung durch die Behauptung in Frage gestellt wird, daß der Verurteilte sich unter dem Drucke des Wuchers habe kontumazieren lassen müssen. (Daß hier dem Verurteilten nur durch die Restitutionsklage geholfen werden kann, hat Schneider, Treu und Glauben im Prozesse, S. 37, schon treffend hervorgehoben.) Man mache sich doch nur die Konsequenzen klar! Drei Instanzen haben die Beklagten verurteilt, und nun soll es jedem Gericht erlaubt sein, aus solchen Gründen die entschiedene Frage nochmals zu verhandeln! — Natürlich setzen wir hier ein von einem staatlichen Organ der streitigen Gerichtsbarkeit ausgegangenes, seinem Inhalte nach nicht perplexes Urteil voraus. Eine Behörde, der die Gerichtsbarkeit fehlt, kann kein die Gerichte bindendes Urteil fällen. (Vgl. m. Lehrb. 1, 87 fg. gegen Bindings Grundriß des Strafpr. S. 245.) Wenn man mit Beispielen operiert, wie etwa, daß ein Beklagter rechtskräftig verurteilt sei, sich päderastieren zu lassen, so setzt man deutsche Richter voraus, die es nicht gibt. Jedenfalls hat das Gesetz mit der Existenz solcher Richter nicht gerechnet und deshalb für solche Fälle keine Ausnahmen von der Unverbrüchlichkeit der Rechtskraft statuiert. Wer mit der Möglichkeit solcher Rechtssprüche rechnet, hat die Pflicht, auf die Änderung des Gesetzes hinzuarbeiten. Nicht aber darf er das Gesetz brechen, indem er mit solchen krassen Exempeln einen Satz zu begründen sucht, der in dem Institut der Rechtskraft eine der Grundvesten des heutigen Prozeßrechts erschüttert.

der Gerichtshandlungen oder auf ihre Anerkennung hätten. Mit diesem Charakter der gefällten Entscheidung steht es nicht in Widerspruch, daß die von dem Gericht zu beobachtenden Voraussetzungen der Entscheidungen vielfach in Prozeßhandlungen der Parteien bestehen und daß der Staat es ihnen in weitgehendem Umfang überläßt, ihr Interesse durch Unterbreitung des Prozeßstoffes und durch Stellung der geeigneten Anträge zu wahren.

2. Der Inhalt der das Prozeßverhältnis bildenden Rechtsbeziehungen ergibt sich daraus, daß durch den Prozeßbeginn die Entscheidungs- und Befehlsgewalt des Gerichts gegenüber den beiden Parteien in Bewegung gesetzt ist. Das Gericht hat die Pflicht, sie prozeßordnungsgemäß zu handhaben. Man bezeichnet das Prozeßverhältnis nur von der anderen Seite aus, wenn man sagt: die Parteien haben das Recht auf diese Handhabung.

a) Im ganzen betrachtet hat das Gericht die Pflicht, das Parteivorbringen entgegenzunehmen[6]) und über die Klage zu entscheiden. Dies (also eine Antwort) kann **jede** der beiden Parteien in gleicher Weise von dem Gericht verlangen,[7]) so auch der Kläger, dessen Klage offenbar unbegründet ist, so auch der Beklagte, der sich mit nichtigen Gründen verteidigt hat.

b) Um zu der Endentscheidung zu gelangen, ist ein mehr oder weniger langer Weg zurückzulegen. Auf diesem kann das Prozeßverhältnis die mannigfaltigsten Entwicklungsphasen durchlaufen. Die Normen für diese Entwicklung bildet die

---

[6]) Damit ist keineswegs gesagt, daß jede Partei das Recht habe, jede Behauptung (auch lügnerische) aufzustellen und jede Behauptung des Gegners (auch die wahre) zu bestreiten. Die Aufstellung falscher Behauptungen ist ein Unrecht, welches mindestens die Prozeßkostenpflicht (ganz oder doch in Beziehung auf die durch einzelne Rechtsbehelfe verursachten Kosten) nach sich zieht (§ 91, 96 CPO.).

[7]) Der Rechtsschutzanspruch kann nur dem einen oder dem anderen zustehen.

Lehre von dem Prozeßverhältnis. Die dem Endurteil vorausgehenden Rechtslagen haben ebensowenig eine selbständige Bedeutung, wie die Prozeßhandlungen, die jene herbeiführten. Die frühere Rechtslage ist von Bedeutung nur insofern, als die spätere Entwicklung sich auf ihr aufbaut und zum Endurteil führt. Eben deshalb ist das Prozeßverhältnis als ein einheitliches aufzufassen, nicht etwa als eine Summe von einzelnen, nach dem Wechsel der Rechtslagen sich unterscheidenden Rechtsverhältnissen.

c) Alle Anträge und die sonstigen Prozeßhandlungen, durch die die Parteien die Urteilsgrundlage beschaffen,[8]) sind an das Gericht zu richten, dem Richter wird der Beweis angeboten und ihm muß er geführt werden. Das Gericht hört nicht etwa nur an, was die Parteien einander in iure erklären[9]) oder wie sie miteinander kämpfen.[10]) Sondern ebenso, wie die Klag-

---

[8]) Im Gegensatz zu den vorbereitenden Handlungen (z. B. § 129 fg.). Daß die Zurücknahme der Klage und der Rechtsmittel sowohl durch Erklärung an das Gericht, wie durch Erklärung an den Gegner geschehen kann (§ 271, 515), ist eine Ausnahme, die innerlich nicht gerechtfertigt ist. Bei der Beschwerde fehlt eine Vorschrift. Hier, wo auch die Anhängigmachung in ihrer unverfälschten Form erscheint (§ 569), zweifelt man denn auch nicht daran, daß die Zurücknahme keinesfalls durch Erklärungen an den Gegner, sondern nur durch Einreichung einer Schrift oder durch Erklärung in der mündlichen Verhandlung erfolgen kann (vgl. Seuffert, Vorb. 4 vor § 567, Gaupp-Stein, Erl. I, 4 zu § 573). — Über die Zustellung der Klagschrift an den Beklagten s. o. § 7a.

[9]) Wie bei der Auflassung, Eheschließung.

[10]) Kohler charakterisiert den heutigen Prozeß als „Geschäft unter den Parteien vor dem Richter“ (Prozeß S. 93), als „ein zwischen zwei Personen obschwebendes Verhältnis, welches den Zweck verfolgt, auf dem Wege des Verfahrens unter richterlicher Beihilfe (!) vorhandene Privatrechtsansprüche zu verwirklichen oder vorhandene Rechte oder Rechtsverhältnisse ... festzustellen“ (Enzykl. 2, 51). Der heutige Konkurs ist ihm „Selbsthilfe unter Aufsicht des Gerichts“ (a. a. O. S. 179). — Neuestens hat Wlassak in der Zeitschr. der Sav.-Stiftg. (rom. Abt.) 25 S. 81 fg. nachgewiesen, daß es auch schon für den älteren römischen Prozeß irrig ist, wenn man dem Prätor bloß eine passive Assistenz zuschreibt.

erhebung Gesuch an das Gericht[11]) ist, so ist die Verhandlung Erklärung an das Gericht und deshalb sehr wohl möglich, wenn auch nur eine Partei erschienen ist. Beweis sind die Grundsätze über das Versäumnisverfahren (§ 330, 331) und die ausdrückliche Vorschrift, daß zur Wirksamkeit eines Geständnisses die Annahme (und die Anwesenheit) des Gegners nicht notwendig ist (§ 288 Abs. 2). Das gilt ganz ebenso bei der Klaganerkennung des Beklagten und bei der Anerkennung des Klägers, daß seine Klage unbegründet sei (dem sog. Klagverzicht).[12]) Ganz anders verhält es sich beim Prozeßvergleich. Er hat selbständige Bedeutung; ein Urteil ergeht nicht. Diese Bedeutung liegt 1. auf dem Gebiete des Prozeßrechts, insofern er das Prozeßverhältnis beendigt und, falls der Vergleich auf eine Leistung geht, einen Vollstreckungstitel begründet, 2. auf dem Gebiete des materiellen Rechts, sofern

---

[11]) Aus diesem Grunde kann es im Rechtssinne keine Scheinprozeßhandlung geben. Denn das Wesen des Scheingeschäftes besteht darin, daß eine Erklärung im Einverständnis mit ihrem Empfänger nur zum Scheine abgegeben wird. Anders Kohler, Prozeß S. 93. Er meint, die Simulationsabrede der Parteien wirke hier ebensowenig, wie dann, wenn es sich um Transskription einer Liegenschaft oder um die Eheschließung vor dem Standesbeamten handele. Damit ist die völlige Verschiedenheit der beiden Situationen verkannt. Die Auflassung kann sehr wohl zum Scheine vorgenommen werden. Bei der Eheschließung ist nach heutigem Rechte die Wirksamkeit der Simulation der Ehegatten durch besondere Vorschrift (BGB. § 1323) ausgeschlossen.

[12]) Auch hier liegen nur Prozeßhandlungen vor, deren Wirkung sich lediglich in diesem Prozesse äußern kann, nämlich nur insofern, als auf Grund desselben die sententia agnitoria ergeht. Weismann I S. 105 freilich lehrt wieder, daß sie zugleich materielle Geschäfte sind, daß durch das Anerkenntnis der Anspruch, wenn er in Wahrheit nicht bestand, „geschaffen" ist, und daß er durch den Verzicht untergeht, wenn er bestanden haben sollte. Auch Eigentum, Erbrecht? Das bejaht in der Tat Kohler ZZP. 29 S. 35 mit der ausdrücklichen Bemerkung, daß der Verzicht Eigentum überträgt, ohne daß Eintragung im Grundbuch und Besitzaufgabe nötig sei, und mit dem Zugeständnis, daß hier „Verhältnisse eintreten, die die civilistische Ordnung stören"! Dann wird (Note 36) der heutige Klagverzicht sogar mit der römischen in iure cessio auf eine Stufe gestellt!

er das streitige Rechtsverhältnis regelt.[13]) Ebenso wie bei dem Prozeßvergleich ist auch sonst zuweilen ein zusammenstimmendes Verhalten beider Parteien (Vereinbarung oder doch übereinstimmendes Verhalten) Voraussetzung für den Eintritt einer Rechtswirkung. Aber auch hier begründet es in prozessualer Hinsicht nicht eine Rechtsbeziehung der Parteien untereinander, sondern eine Beziehung jeder der Parteien zu dem Gericht, aus der sich dann nur indirekt ergibt, daß die eine Partei gegenüber der anderen etwas vermag oder nicht vermag (nämlich dadurch, daß man bei dem Gericht einen Antrag auf eine gegen den Gegner wirkende Entscheidung stellen kann oder nicht stellen kann). So begründet die Prorogationsvereinbarung nur die Befugnis, dieses Gericht anzugehen. So hat die Zustimmung des Beklagten zur Klagänderung nur die Wirkung, daß der Beklagte bei dem Prozeßgericht keinen Widerspruch dagegen erheben kann, daß es über die abgeänderte Klage erkennt.[14])

3. Prozeßrechtliche Verpflichtungen zum Handeln bestehen im Laufe des Entscheidungsverfahrens zweifellos für das Gericht. Inwieweit das heutige Prozeßrecht solche Pflichten den Parteien auferlegt, kann hier dahin gestellt bleiben. Das, worauf es uns ankommt, ist der Gesichtspunkt, daß alle prozeßrechtlichen Pflichten, die das Gesetz den Parteien auferlegt oder

---

[13]) In dieser Beziehung gilt also in der Tat das Civilrecht. Daß die Erteilung der Prozeßvollmacht für den Vergleich auch nach der zweiten Richtung hin Vertretungsmacht schafft, ist zur Förderung der Vergleichsschlüsse bestimmt.

[14]) Aus dem Gesagten ergibt sich auch, daß es unrichtig wäre, wenn mit Rücksicht darauf, daß nach römischem Recht die Mitwirkung beider Parteien zur Prozeßgründung erforderlich ist, das Prozeßverhältnis als ein Vertragsverhältnis oder doch als ein vertragsähnliches Verhältnis aufgefaßt würde. Selbst wenn die römischen Juristen dieser Auffassung gewesen wären, würde sie für unseren heutigen Prozeß nicht maßgebend sein. Auch das Privatrecht kennt zweiseitige Rechtsgeschäfte, die nicht oder doch nicht nur Verhältnisse der Parteien regeln, wie z. B. die Gründung eines zur Eintragung bestimmten Vereins, den Vertrag auf Leistung an Dritte. Man denke auch an die Zustimmung zu fremden Rechtsgeschäften.

die das Gericht ihnen kraft gesetzlicher Ermächtigung auferlegen kann, der Wahrung des öffentlichen Interesses dienen. Dieses fordert, daß die Entscheidungsgrundlage nicht durch unwahre Behauptungen gefälscht und daß der Prozeß möglichst rasch und ohne unnötige Verzögerung zu Ende geführt werde. Demnach sind auch alle Pflichten, welche den Parteien prozeßrechtlich obliegen, Pflichten gegenüber dem Gericht.[15] [16]

Prozessual haben also die Parteien gegeneinander keine Rechte. Allerdings führt die Ausübung der der Partei zustehenden Befugnisse zu einer Wirkung auf den Gegner, und ihre Herbeiführung ist gerade der Zweck der Prozeßhandlungen. Aber das Gericht schafft diese Wirkung; es handelt auf Antrag der Partei und zur Erfüllung der ihr gegenüber bestehenden Rechtsschutzpflicht, aber es ist nicht ihr Vertreter,[17] sondern Organ des Staates. Ausschließlich auf dessen Gewalt beruht die Wirkung der Gerichtsakte, welche die Parteien

---

[15]) Dies kann hier im einzelnen nicht nachgewiesen werden. Ich möchte nur auf folgendes hindeuten. Es ist Ungehorsam gegen das Gericht, wenn die Partei, welche die Echtheit einer Urkunde bestritten hat, der Anordnung des Gerichts, Vergleichungsurkunden vorzulegen (§ 441), nicht nachkommt, wenn sie trotz Aufforderung des Gerichts nicht persönlich erscheint (§ 141, 619) oder trotz der gerichtlichen Anordnung (§ 427) die zu edierende Urkunde nicht vorlegt (Ungehorsamsstrafe: § 432, 444). — Daß das prozessuale Verhalten zugleich sich als Verletzung privatrechtlicher Interessen darstellen und zur Schadensersatzpflicht führen kann (BGB. § 823 II, 826), ist gegen den Satz des Textes nicht anzuführen.

[16]) Die Prozeßkostenpflicht ist nicht eine Pflicht im Prozesse, sondern sie entspringt der Prozeßführung. Die Frage, wen sie trifft und welchen Inhalt sie hat, hängt von der Art der Entwicklung des Prozeßverhältnisses ab, nicht nur soweit die Kostentragung ein Strafmittel des Gerichts ist, sondern auch insoweit, als sie ein Nachteil ist, der sich schlechthin an das Unterliegen anknüpft. Wie die Prozeßkostenpflicht in dem Prozeßverhältnisse ihren Grund hat, so ist sie auch eine prozeßrechtliche (publizistische) Verpflichtung. Ihrem ganzen Charakter entspricht es, daß sie von Amts wegen festgesetzt wird (§ 308) und nur im geführten Prozesse geregelt werden kann.

[17]) Das gilt ebenso von dem Prozeß-, wie von dem Vollstreckungsgericht, nicht minder aber von dem Gerichtsvollzieher, soweit er die staatliche Zwangs-

erwirken.[18]) Die Parteien können miteinander kämpfen, aber sie treffen sich nicht durch ihre Handlung, sondern durch die von ihnen beantragten Entscheidungen des Gerichts. An diese sind die Parteien gebunden und aus der prozessualen Rechtslage, auf Grund deren die Entscheidung zu fällen ist, kann sich die Partei nicht ohne Zustimmung des Gegners[19]) befreien.

III. Ist es richtig, daß eine Definition eine regula ex iure sumpta sein muß, daß sie nur dann Wert hat, wenn der in ihr zum Ausdruck kommende prinzipielle Gesichtspunkt die einzelnen Rechtssätze einheitlich so zusammenfaßt, daß letztere dann als Ableitungen aus der Definition erscheinen, so ergibt sich auf Grund der vorstehenden Erörterungen die Definition des Prozeßverhältnisses von selbst.

Es ist das publizistische Verhältnis, in welches das Gericht zu dem Kläger und dem Beklagten durch den Beginn des Prozesses tritt. Nicht ist es ein dreiseitiges,[20]) noch weniger

---

gewalt ausübt. Daß er daneben auch als Vertreter im Abschluß von Rechtsgeschäften (Stundung, Annahme an Zahlungsstatt usw.) benutzt werden kann (wozu das Vollstreckungsgericht sich nicht hergibt), hebt den aufgestellten Grundsatz nicht auf. Auf dem richtigen Wege ist jetzt RG. 56 S. 90fg.

[18]) Damit steht nicht in Widerspruch, daß unrechtmäßige Erwirkung von Gerichtshandlungen zu Schadensersatz verpflichten kann (vgl. z. B. § 717, 945). Dies ist eben ein delictum sui generis, nicht etwa ist z. B. die unrechtmäßige Herbeiführung einer Pfändung (vgl. o. S. 23) eine Besitzeseigenmacht (auch nicht etwa eine in Anstiftung begangene).

[19]) So wenigstens die Regel, wie sie z. B. in der Unzulässigkeit der Klagzurücknahme (nach Beginn der Verhandlung zur Hauptsache) zum Ausdruck kommt (§ 271 I). Ausnahmen bestätigen die Regel: so die vorher statthafte Zurücknahme der Klage oder das Ausscheiden der veräußernden Partei im Falle des § 266.

[20]) So Bülow, Prozeßeinreden S. 5fg., Wach 1 § 4, V, Schmidt, Lehrb. § 4. In der ZZP. 27, 233 bezeichnet Bülow das Prozeßverhältnis im wesentlichen nur mit Rücksicht auf die bei Note 19 gekennzeichnete wechselseitige Gebundenheit als ein dreiseitiges. Will man nur dies damit zum Ausdruck bringen, so ist dagegen nichts einzuwenden, sondern es wäre nur zu fragen, ob die Dreiseitigkeit ein angemessener Ausdruck für jenen Rechtsgedanken sei.

nur ein zweiseitiges (nur unter den Parteien), wie dies von Kohler[21]) gelehrt wird. Er meint, das Gericht sei deshalb nicht Teilnehmer am Rechtsverhältnis, weil man dies erst durch das dabei obwaltende Interesse werde. Das mag für privatrechtliche Rechtsverhältnisse zutreffen. Für das Prozeßverhältnis trifft es nicht zu, weil dieses ein publizistisches Rechtsverhältnis ist. Dieses darf man nicht unter privatrechtlichem Gesichtspunkte betrachten.[22])

Das Prozeßverhältnis ist eine Rechtsbeziehung des mit der Entscheidung befaßten und die höchste staatliche Macht ausübenden Gerichts[23]) zu den Parteien. Ich sage nicht: des Staates. Zwar ist das Gericht nur ein Organ des Staates. Aber die Entscheidung liegt diesem doch nur ob, soweit sie von dem konkreten Gerichte gefordert ist. Deshalb liegt, wenn die Verweisung des Prozesses von dem einen Gericht an das andere erfolgt,[24]) eine Sukzession in das Prozeßverhältnis auf Seiten des Gerichts vor, wie eine solche auf Seiten der Partei gegeben ist, wenn an Stelle der bisherigen Partei eine andere eintritt.

Einen ganz anderen Sinn hat die Dreiseitigkeit, wenn man auch den Parteien untereinander prozessuale Rechte oder Pflichten zuschreibt, was Bülow a. a. O. mit Recht ablehnt.

[21]) Prozeß als Rechtsverhältnis S. 6, ZZP. 33, 233 fg.

[22]) In der Enzyklopädie 2 S. 54 meint Kohler, das Hereinziehen des Richters in das Prozeßverhältnis „beruhe auf einer völligen Verkennung der staatlichen Tätigkeit, als ob der Staat ein großes Lokal und die Staatsbeamten die Diener wären, die man nur herbeizuläuten brauchte und etwa auszanken dürfte, wenn sie nicht sofort zu Willen sind". Dann sagt er: „Wir aber, welche von der Hoheit des Staates als der Verwirklichung der sittlichen Idee überzeugt sind, können derartige Vorstellungen nicht teilen." Wir auch nicht!

[23]) Nicht des Richters. Die Gerichtsbehörde wird angegangen. Deshalb besteht das Prozeßverhältnis auch dann, wenn der Richter, welcher diese Behörde nach der Regel zu repräsentieren hätte, kraft Gesetzes ausgeschlossen ist (über entgegengesetzte falsche Anschauungen vgl. o. § 8 Note 14). Deshalb tritt keine Änderung in den Subjekten des Prozeßverhältnisses ein, wenn das Richterpersonal sich verändert.

[24]) § 276 (Verweisung an ein Amsgericht), § 505 (Verweisung an ein Landgericht).

IV. Das Prozeßverhältnis (im Entscheidungsverfahren) findet normalerweise seinen Abschluß durch das Endurteil.

1. Dieses lautet entweder auf Prozeßabweisung, nämlich dann, wenn eine der Prozeßvoraussetzungen (in dem engeren, von uns zugrunde gelegten Sinne) fehlt, oder auf Klagabweisung oder auf klaggemäßes Erkennen.

Die Klagabweisung bedeutet immer: dem Kläger steht kein Klagrecht zur Seite; er hat von der Klagmöglichkeit Gebrauch gemacht, ohne den behaupteten Rechtsschutzanspruch zu besitzen, die Klagerhebung enthielt also objektiv eine Rechtswidrigkeit;[25]) gegenüber dem Staat, indem er eine Rechtsschutzpflicht behauptete, die nicht vorhanden ist, gegenüber dem Beklagten, indem er versuchte, zu seinen Ungunsten eine Entscheidung zu erwirken, die er nicht zu beanspruchen hatte.

Im übrigen kann die Klagabweisung verschieden sein. Sie verneint a) entweder nur das Klagrecht oder b) das eingeklagte Recht: ersteres, wenn nur eine prozessuale Klagvoraussetzung fehlt, letzteres, wenn diese zwar vorhanden sind, die materielle Rechtsbehauptung (der „Anspruch“ im prozessualen Sinne) aber unrichtig ist.

Im letzten Falle haben wir eine Entscheidung zur Hauptsache. Lautet sie zu Gunsten des Klägers, so leistet sie dem Rechtsschutzanspruch des Klägers Genüge, also dem Klagrecht in dem Sinne, in dem dieser „diskreditierte“ Begriff hier gebraucht wird.[26]) Weist aber das Urteil die Klage zurück, so bedeutet dies, daß das Gericht den Rechtsschutzanspruch

---

[25]) Vgl. o. § 7 Seite 47. Die jedermann zustehende Klagmöglichkeit kann kein jedermann zustehendes prozessuales Recht sein, weil wir sonst mit der Möglichkeit von zwei sich widersprechenden Rechten rechnen müßten.

[26]) Also beispielsweise — um nochmals die bezeichnende Ausdrucksweise des Gesetzes zu gebrauchen — „der Berechtigung, im Wege der Klage eine Änderung des Urteils zu verlangen“ (CPO. § 323, o. § 5, III).

erfüllt und befriedigt, der dem Beklagten durch die Anstellung einer unbegründeten Klage erwachsen ist.[27])

2. Welchen Inhalt das Endurteil haben muß, wenn es als richtig erscheinen soll, darüber gibt

a) zunächst die Lehre von den Prozeßvoraussetzungen die Antwort. Sie ist, wenn man diesen Begriff in dem von mir vorgeschlagenen engeren Sinne verwendet, derjenige Teil der Lehre vom Prozeßverhältnis, der die Prozeßgründung behandelt, also die Frage beantwortet, wie jeder Kläger zu verfahren hat, um das Prozeßverhältnis so zu begründen, daß überhaupt ein sachliches Urteil gefällt werden darf.

b) Die Frage, ob das Klagrecht begründet ist, beantwortet sich nach der Gestaltung der konkreten Rechtslage. Wie diese in materieller und prozessualer Beziehung sein muß, um „berechtigt zu sein, im Wege der Klage eine Verurteilung usw. zu verlangen", darüber gibt die Lehre von den Klagvoraussetzungen die Antwort.

Dabei gehe ich im Gegensatz zu Bülow[28]) davon aus, daß die Gesamtrechtsordnung als lückenlos zu betrachten ist.[29]) Nach der unserer Rechtsordnung, insbesondere dem Prozeßrecht[30]) zu Grunde liegenden Idee wendet der Richter auch dann bestehendes Recht an, wenn er aus den der Rechtsordnung zugrunde liegenden Prinzipien die anzuwendende Norm erst ermittelt. Dies gilt selbst dann und ein Fehlgriff begründet also als eine Gesetzverletzung[31]) die Revision, wenn er die sog. Lücken des Gesetzes ausfüllt und die un-

---

[27]) Vgl. o. § 7 Seite 47 fg.

[28]) Soweit er sich in „Gesetz und Richteramt" (1885) und jetzt wieder in ZZP. 31, 263, 264 geäußert hat. In seinem Geständnisrecht (1899) bewegt er sich ganz in derselben „Dimension des juristischen Denkens" (ZZP. 31, 264), wie unsere Ausführungen.

[29]) Vgl. hierüber Zitelmann, Lücken im Recht (Rede), 1903.

[30]) Vgl. z. B. GVG. § 1.

[31]) Im Sinne von CPO. § 550: „Das Gesetz ist verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist."

bestimmt gelassene Vorschrift genauer gemäß dem bestimmt, was allgemeiner Rechtsanschauung entspricht und was der Gesetzgeber (jetzt) ausgesprochen haben würde, wenn er die betreffende Rechtsfrage überhaupt, oder wenn er sie näher geregelt hätte.[32]) Man mag diese allerhöchste Tätigkeit des Juristen eine rechtschaffende bezeichnen. Aber das eine bleibt doch absolut sicher, daß der Jurist durch solche Rechtsschöpfung im einzelnen Falle[33]) nicht einen Rechtssatz schafft, der als jetzt erst entstanden anzusehen wäre. Vielmehr bringt er eine Norm an den Tag, die er auf den in der Vergangenheit liegenden Tatbestand und als eine solche anwendet, die von den Beteiligten schon bisher hätte beobachtet werden müssen. Solche Rechtsschöpfung ist auch gar nicht ein Privilegium des Richters, sondern sie steht ebenso dem Theoretiker und jedem Schriftsteller zu.

3. Ich behaupte also: Ob das Klagrecht auf Verurteilung, Feststellung oder Rechtsänderung besteht, ist auf Grund des außer- und vorprozessualen Tatbestandes in tatsächlicher Beziehung und auf Grund der Rechtsordnung in rechtlicher Beziehung objektiv ganz sicher. Also ist es auch ganz gewiß, ob nach Anstellung der Klage zu Gunsten des Klägers zu entscheiden ist, oder ob der Beklagte den Rechtsschutzanspruch hat.

Nun würde die Abwicklung eines Prozesses eine sehr einfache Sache sein, wenn die Richter 1. bezüglich der relevanten tatsächlichen Verhältnisse allwissend wären, und wenn wir 2. ein so einfach und durchsichtig gestaltetes Recht hätten,

---

[32]) Der Rechtssatz, den der von Bülow, ZZP. 31 S. 264 Note 7 citierte § 1 des Schweizer Vorentwurfs aussprechen will, gehört unserem Rechte an und wird tausendfach geübt, vielfach allerdings in der fehlerhaften Formulierung, daß man nach dem fragt, was die Parteien gewollt haben, wie denn schon Justinian die den klassischen römischen Juristen fremde Neigung hatte, solche Rechtssätze auf eine tacita conventio zurückzuführen.

[33]) Als Gegensatz habe ich die Entstehung eines Gewohnheitsrechts im Auge.

daß es Meinungsverschiedenheiten unter den Juristen nicht geben könnte.

An diesem Punkte setzt Bülow[84]) mit der ganzen ihm eigenen Lebhaftigkeit ein. Er geht von dem zweifellosen Satz aus, daß der Richter das Urteil auf Grund der Prozeßverhandlung zu fällen hat. Indem er nun annimmt, unser Klagrecht solle das „Recht auf eine günstige Prozeßentscheidung" sein, fragt er: Wie kann von einem Klagrecht vor dem Prozesse oder auch nur vor dem Schlusse der Verhandlung die Rede sein, da wir doch unmöglich vor dem Prozesse den abzuurteilenden Tatbestand kennen können?

Mit dieser Darlegung glaubt er, uns definitiv widerlegt zu haben. Da Wach in dieser Hinsicht die ganze Haltlosigkeit der Bülow'schen Aufstellungen bereits schlagend nachgewiesen hat,[85]) begnüge ich mich mit der Bemerkung, daß ich erstaunt war, aus dem Munde des Mannes, der ein „präexistentes", Vollstreckungsrecht und „Strafklagrecht" unumwunden anerkennt, solche Argumentation zu hören. Es genügt wohl darauf hinzuweisen, daß etwas trotz subjektiver Ungewißheit objektiv ganz gewiß sein kann. Beides verwechselt Bülow; er verwechselt Existenz eines Rechtes und Möglichkeit seiner Durchsetzung.

Wenn wir davon sprechen, daß einer Person das Klagrecht zustehe, so meinen wir damit nicht mehr und nicht weniger, als was das Gesetz selbst meint, wenn es z. B. sagt, daß jemand unter Voraussetzung einer bestimmten Rechtsgestaltung „berechtigt ist, im Wege der Klage ein gewisses Urteil zu verlangen" (§ 323).

Damit verheißt die Rechtsordnung allerdings nicht „schon

---

[84]) ZZP. 31, 238 fg.

[85]) Vgl. ZZP. 32, 5—10. Wach S. 10 Note 6 bemerkt, daß „Bülows an der äußeren Erscheinung haftende „„empirische"" Betrachtungsweise, auf die Spitze getrieben, dahin führen würde, daß auch das materielle Recht erst nach Maßgabe des Prozeßtatbestandes entstehe".

vor dem Prozeßbeginn ein günstiges Prozeßergebnis".[36]) Aber das Gesetz statuiert damit allerdings ebenso ein prozessuales Recht, wie das BGB., wenn es unter gewissen Voraussetzungen sagt, daß man eine Leistung verlangen könne.

Eine ganz andere Frage ist die, ob man in der Lage ist, im Prozeß auch die Voraussetzungen des behaupteten Klagrechts, welches gegen den Staat gerichtet ist, prozeßordnungsgemäß gegenüber dem angegangenen Gerichte darzulegen und zu beweisen, ob es dem Beklagten gelingt, dasjenige darzutun, was von ihm zu beweisen ist, wenn der Kläger den nach den Grundsätzen über die Verteilung der Beweislast ihm obliegenden Beweis erbracht hat, und ob man Richter vor sich hat, welche in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung das Richtige zu erkennen vermögen.[37])

---

[36]) Dies sind die Worte von Bülow, ZZP. 31, 276. Mit ihnen glaubt er, unser Klagrecht richtig charakterisiert zu haben. Ein ähnliches Mißverständnis bei Weismann 1, 68: „Man kann nicht sagen, daß das Gericht verpflichtet sei, den Kläger für berechtigt zu halten, weil er berechtigt sei, und darauf kommt es hinaus, wenn man dem Kläger einen Anspruch gegen das Gericht zuschreibt auf ein ihm günstiges Urteil; verpflichtet ist das Gericht nur, zu urteilen nach dem Ergebnis des Verfahrens." Als wenn das letztere von uns geleugnet und das erstere von uns behauptet wäre! Man beachte übrigens, daß derselbe Autor (S. 67) dem Kläger eine von bestimmten Voraussetzungen abhängige „materielle Klagbefugnis" zuschreibt und sie nur als gegen den Beklagten gerichtet ausgibt.

[37]) Ist es wirklich so schwer, die im Texte getrennten Fragen zu sondern? Man sollte es fast glauben, wenn man bei Kohler, ZZP. 33, 215 liest: „Nicht das vorhandene Recht, sondern die richterliche Überzeugung von dem vorhandenen Rechte ist das das Urteil bestimmende. Nicht die Partei hat einen Rechtsschutzanspruch, sondern (!) der Richter hat die Pflicht, nach seiner Überzeugung zu urteilen, und dahin gehört die Pflicht, der Klage stattzugeben, nicht wenn der Anspruch besteht, sondern wenn er den Anspruch für begründet hält". Und S. 216: „Nicht auf einen dem wirklichen Rechte entsprechenden Rechtsschutzanspruch ist das Urteil gegründet, sondern auf die Grundlagen der Prozeßordnung." Auf Einzelheiten dieser Darlegungen braucht nicht eingegangen zu werden. Nur das möchte ich bemerken, daß es mir nicht gelungen ist, in den Sinn des Satzes (S. 215) einzudringen: „Aber

Das Endurteil ist das Endergebnis der Entwicklung des Prozeßverhältnisses. Wie sein Zweck ist, klarzustellen, welche von den beiden Parteien Recht hat, wie der Prozeß aber weder dazu bestimmt ist noch auch nur die Möglichkeit bietet, die Privatrechtsverhältnisse im Prozesse zu verändern: so ist auch jenes Ergebnis stets eine Deklaration des bestehenden Rechtszustandes. Es ist nur Deklaration, wenn eine Klage abgewiesen wird oder wenn sie nur auf Feststellung gerichtet war. Sie ist Deklaration einer Verpflichtung in der Form des Befehls zu ihrer Erfüllung, wenn Verurteilung zur Leistung ausgesprochen ist.[88]) Sie ist Deklaration eines Rechts auf Rechtsänderung und zugleich dessen Vollziehung oder doch Anordnung der Vollziehung, wenn die Klage auf Erlaß eines konstitutiven Urteils als begründet erkannt ist.

Der Civilprozeß ist nicht weniger als der Strafprozeß eine staatliche Einrichtung, die zur Wahrung des Rechts bestimmt ist, nicht aber eine Einrichtung, bei der es vom Zufall oder von der Geschicklichkeit oder Skrupellosigkeit der Parteien abhängen soll, wer als Sieger hervorgeht. Recht muß Recht

---

noch mehr, auch wenn gar kein Recht des Klägers besteht, darf der Richter nicht sagen: „„Ich nehme zwar ein Recht des Klägers an, verweigere aber das der Klage günstige Urteil."" Eine wie unrichtige Vorstellung Kohler sich von dem Rechtsschutzanspruch macht und in anderen erweckt, erhellt besonders noch aus dem S. 219, 220 Gesagten. Er erklärt ihn „auch praktisch dadurch widerlegt", daß er darlegt, wie auch der, der „etwa Recht hat, an die Gebote des Prozesses gebunden sei". Selbst der § 114 CPO. wird gegen uns ins Feld geführt, indem in ihm der Satz gefunden wird: die CPO. versage das Armenrecht auch demjenigen, dessen Rechtsverfolgung zwar sachlich begründet, aber prozessual aussichtslos sei!

[38]) Insoweit solches Urteil als ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes oder nach Erlangung der Rechtskraft den Vollstreckungstitel bildet, ist es ein konstitutiver Rechtsakt, welcher das Vollstreckungsrecht erzeugt, dessen Erlangung (Gegensatz: Fortdauer der Wirksamkeit) von niemandem bestritten werden kann, so namentlich nicht von einem konkurrierenden Pfändungspfandgläubiger, es sei denn, daß er den Vollstreckungstitel im Wege der Gläubigeranfechtung beseitigt hat. Vgl. m. Anspr. u. Klagr. S. 466, Rechtskraft § 2.

bleiben, Unrecht darf nicht in Recht verkehrt werden. Das richterliche Urteil soll ein „Erkenntnis" sein; es soll und will sein eine Erkennung dessen, was Rechtens ist; es soll und will und kann deshalb den bestehenden Rechtszustand nicht ändern, sondern ihn schützen und bewähren.

Aber es ist sehr wohl möglich — im Civilprozeß, wie im Strafprozeß und im Verwaltungsverfahren —, daß der Verlauf des Prozesses dem Gericht ein mit der objektiven Rechtslage nicht übereinstimmendes Bild von ihr gegeben hat, weil wesentliche Tatbestandsstücke nicht vorgebracht oder nicht erwiesen wurden, oder weil das Gericht den vollständig festgestellten und richtig erkannten Tatbestand in rechtlicher Beziehung falsch beurteilte. Auch in solchen Fällen hat das Urteil nur die Wirkung der Rechtsdeklaration, wie es ja selbst nichts Weiteres sein will.[39]) Soweit seine Rechtskraft subjektiv reicht, hindert sie, daß diese Deklaration mit Erfolg „bestritten werden kann".[40]) Wie das Urteil nach CPO. § 318 das erkennende Gericht „bindet", sobald es verkündet ist, so „bindet" es, sobald es die Rechtskraft beschritten hat, jedes Gericht, vor dem dieselbe Rechtsfrage in einem anderen Prozesse aufgeworfen wird, und deshalb müssen die Parteien die Rechtsdeklaration „gegen sich gelten lassen",[41]) es „wirkt" für und gegen sie[42]) auch dann, wenn es sonnenklar ist, daß es der wirklichen Rechtslage nicht entspricht, daß also einem vorhandenen Klagrecht nicht Genüge

---

[39]) Schreibt man dem Urteil deklarative Kraft zu, behauptet aber, daß es, wenn es unrichtig ist, den vorhandenen Rechtszustand ändert, so bewegt man sich in Widersprüchen. Ein deklaratives Urteil, welches ändert, ist eine contradictio in adiecto! Über Kohlers Auffassung der Rechtskraft wurde o. § 3 Note 20 referiert.

[40]) Diesen, das Wesen der Rechtskraftwirkung auf das deutlichste bezeichnenden Ausdruck gebraucht das Genossenschaftsgesetz § 122 Absatz 3. — Gegen die Art, wie das Reichsgericht sich über die Unbestreitbarkeit hinaussetzt, wurde bereits o. Note 5 polemisiert.

[41]) So gelegentlich BGB. § 407, 1344, 1435.

[42]) Diesen die Art der Wirkung nicht näher bestimmenden Ausdruck gebrauchen die Reichsgesetze gewöhnlich, z. B. CPO. § 325.

geleistet wurde, oder daß der Beklagte unterlag, obwohl ihm der Rechtsschutzanspruch auf Klagabweisung zur Seite stand. Die Rechtskraft verbürgt eben nicht die Richtigkeit, sondern bedeutet nur die Unbestreitbarkeit des Urteilsinhalts. Sie verhindert, daß die bindend verneinte Frage nach der Existenz des Klagrechts nochmals aufgeworfen und ventiliert wird. Für den Staat und deshalb auch für die ihm Unterworfenen steht es fest, daß der rechtskräftig Abgewiesene das Recht nicht hatte.

Das sind pathologische Fälle. Zur Bestimmung des Wesens des Prozesses darf man von ihnen nicht ausgehen. Das wäre ebenso verkehrt, als wenn man das Wesen der ärztlichen Tätigkeit aus der Möglichkeit verkehrter Kuren oder das Wesen des Examens danach bestimmen wollte, daß nach Kohlers [43]) Zeugnis „mancher durchfällt, der fähig ist, und, was leider noch viel häufiger geschieht, gar mancher Unfähige besteht".[44])

Ganz unerfindlich ist es mir, wie man aus solchen Fällen deduzieren will, daß unser Klagrecht nicht bestehen könne. Objektiv genommen ist allerdings jenes Recht des Klägers verletzt, wenn er mit einer begründeten Klage abgewiesen ist. Und er kann dies auch durch Anstellung einer Syndikatsklage gegenüber dem schuldigen Richter geltend machen. Im Verhältnis zu dem Gegner aber verbietet es ihm die Rechtskraft, die Unrichtigkeit des Urteils zu behaupten, es sei denn, daß es im Wege der Wiederaufnahmeklage angefochten wird.

---

[43]) ZZP. 33, 213.

[44]) Im Gegensatz zu Kohler (S. 214) bin ich der Ansicht, daß der Kandidat, der „die volle Jurisprudenz im Leibe hat", mag er auch kein Recht auf Zulassung zum Examen haben, doch dann, wenn er zugelassen ist, einen „Anspruch auf Durchkommen hat". Auch bezüglich der Verleihung der Stipendien bin ich der Ansicht, daß ein Anspruch auf Verleihung bestehen kann und dann wirklich besteht, wenn in der Stiftungsurkunde die Voraussetzungen, unter denen die Verleihung an eine bestimmten Anforderungen genügende Person erfolgen muß, so genau bestimmt sind, wie das Prozeßgesetz die Voraussetzungen, unter denen man „klagen kann" („zu klagen berechtigt ist"), bestimmt hat. Derselben Ansicht ist übrigens Kohler in s. Lehrbuch I § 182, III.

Lippert & Co. (G. Pätz'sche Buchdr.), Naumburg a. S.



